الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العـــــــــــد ل

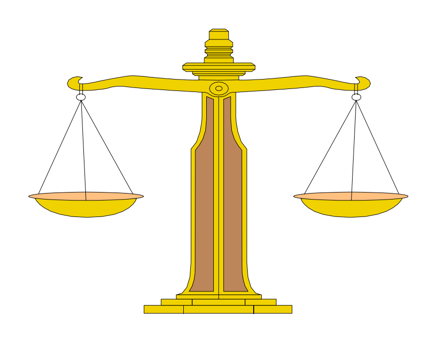
المعهد الوطني للقضاء

مذكـــــرة

التخـــــرج

التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام

في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية



من إعداد الطالبة القاضية

عـــــلاوة ســـامـــية

الدفعة الثانية عشر

ماي-2004

كلمـــــــة شـــــكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة المعهد الوطني للقضاء , الذين بذلوا قصار جهدهم لتوجيهنا, ولم يبخلونا طوال فترة التكوين .

إلى القضاة المؤطرين على مستوى المجالس القضائية, و كل القضاة الّذين ساهموا بقدر كبير في تكويننا.

إلى كل القائمين على إدارة وحسن سير المعهد .

إلى جميع زملائي بالدفعة الثانية عشر , متمنية لهم كل التوفيق.

و إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد , ولو بكلمة تشجيعية في إنجاز هذه المذكّرة.



.

المقـدمـة :

-تظهر أهمية الإرادة في الإلتزامات عبر التاريخ في مبدأ سلطان الإرادة الذي تطور عبر المراحل التاريخية متأثرا بتغير المجتمعات في المجالات الإقتصادية والسياسية،وقد كانت الإرادة في العهد لروماني عديمة الأهمية في إنشاء العقود والإلتزامات واستأثرت الشكلية بهذه الأهمية،إلا أن تطور الحضارة ومقتضيات الحياة خفف من حدة الشكليات وأعطى بعض الأهمية للإرادة،وبالتالي إنتصار مبدأ سلطان الإرادة واستمر الحال كذلك في العصور الوسطى إلى غاية نهاية القرن الثامن عشر،إذ ساعدت المبادئ الدينية والقانون الكنيسي في إبراز أهمية الإرادة في إنشاء العقود وبلغت أوجها في القرن الثامن عشر،وظهرت نظريات سياسية وإقتصادية وفلسفية تنادي بالحرية الفردية وإستقلال الإرادة وبذلك سيطر مبدأ سلطان الإرادة ,غير أن إنتشار روح الفردية في القرنيين الثامن عشر والتاسع عشر بسبب العوامل الإقتصادية وقيام الصناعات الكبرى والشركات الضخمة لم يستمر بنفس الوتيرة ،إذ أخذت أهمية الإرادة تتناقص بعد ظهور الإشتراكية التي إنتقدت مبدأ سلطان الإرادة بقولها أن الإلتزامات التعاقدية مبنية على توافق إرادتين،وأنها لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية وأن العقد ليس إلاّ نظام من النظم الإجتماعية ووسيلة لتوجيه الإرادة وليس الهدف منه تحقيق ما للإرادة من سلطان.

-ويتوسع دور الإرادة في مجال المعاملات المالية تدريجيا، وتجد نفوذا أوسع في مجال الإلتزامات التعاقدية غير أنها محدودة بقيود النظام العام والآداب وهذا لا ينقص من أهميتها وفعاليتها وإنما يحدد مكانتها من بين الإلتزامات ويضعها في موضعها السليم.

-كما أن الشريعة الإسلامية أقرت أهمية الإرادة، وجعلتها ملزمة بمجرد صدورها واقترانها بإرادة أخرى على الوجه المشروع وذلك مصداقا لقوله تعالى:"يا أيها الذين آمنوا أفوا بالعقود"،والحديث الشريف"المؤمنون عند شروطهم إلاّ شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" وهذا الحديث جمع خلاصة التطور الذي مر به الفكر القانوني خلال أكثر من عشرين قرنا. وأقر القاعدة وهي أن الإرادة حرة في إنشاء العقود،وأقر الإستثناء وهو مخالفة الإرادة للقانون والنظام العام.

-ومن المعلوم أن الإرادة المتفردة عمل قانوني صادر من جانب واحد،وينتج آثار قانونية مختلفة،فقد تكون سببا لكسب الحقوق العينية عن طريق الوصية أو سببا لسقوط هذه

الحقوق ،كالتنازل عن حق الإرتفاق أو حق الرهن أو تثبت حق شخصي ناشئ عن عقد قابل للإبطال عن طريق إجازته.

كما تمكن للإرادة المنفردة أن تنهي رابطة ناشئة عن عقد كعزل الوكيل أو عزله نفسه،كما يستطيع المودع والوديع أن ينهي عقد الوديعة بإرادته المنفردة،وغير ذلك من الآثار القانونية التي تنشئها الإرادة المنفردة،والتي سأقوم بعرضها وفقا للخطّة التالية:

االفصل الاول التصرفات الانفرادية التي تولد الحق.

- المبحث الأول:التصرفات الإنفرادية التي تنشئ الحق.

- المبحث الثاني: التصرفات الإنفرادية التي تنشئ إلتزاما على عاتق صاحبها.

الفصل الثاني التصرفات الانفرادية التي تزيل الحق.

المبحث الاول التصرفات الانفرادية التي تنهي الحق.

- المبحث الثاني:التصرفات الإنفرادية المسقطة للحق.

وسيتم تفصيل هذه الخطة وفقا لما هو وارد في الفهرس.

الفصل الاول التصرفات الانفرادية التي تولد الحق.

المبحث الأول: التصرفات الإنفرادية التي تنشئ الحق.

المطلب الأول: الوصية.

1/ الوصية في القانون:

-مما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لأحكام الوصية في القانون المدني بل أحال أحكامها على قانون الأسرة، فجاء في المادة 775 من القانون المدني، "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".
وبالرجوع للمادة 184 من قانون الأسرة نجدها تعرف الوصية بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع،ويعني ذلك أن الموصي يترك للموصى له مالا أو منفعة أو حقا من الحقوق الأخرى كالإبراء من الدين أو الكفالة أو الوصية بمرتب أو تقسيم التركة بين الورثة،وتعتبر الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد،لا ينتج آثاره إلاّ بعد وفاة الموصي،وهذا ما يميزها عن الهبة التي يشترط فيها تطابق إيجاب الواهب وقبول الموهوب له وتنتج آثارها فور صدورها ،فهي عقد تمليك.[16]

أركان الوصية:

أ-1/الإيجاب:

- يرى الفقه الوضعي أن الوصية تنعقد عند صدورها من الموصي،وبهذا الرأي أخذ قانون الوصية المصري،وهو ما يتوافق مع توجه المشرع الجزائري من خلال ما جاء به قانون الأسرة،ويكون بذلك الإيجاب كاف وحده لإبرام الوصية،دون حاجة للقبول،وعليه يمكن القول أن المقصود بالإيجاب هو كل لفظ أو إشارة أو كتابة يقصد بها التمليك بعد الموت،كما أن اللفظ قد يكون صريحا أو ضمنيا وهو ما نصت عليه المادة 01/60 من

[16] الدكتور :زهدور مد : الوصية القانون ا د ا زائري والشريعة الإسلامية،(بتصرف).

القانون المدني الجزائري بقولها"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا،كما يكون بإتخاذ أي موقف لا يدع أي شك في دلالته على المقصود"

أ-2/ القبول: لما كانت الوصية تصرف من جانب واحد،فإنها لا تحتاج للقبول لإنعقادها غير أن الإيجاب يحتاج للقبول بعد لزوم الوصية،وهو ما نصت عليه المادة 197 من قانون الأسرة بقولها "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"، غير أنه إذا توفي الموصى له قبل صدور القبول منه،فإن لورثته الحق في القبول أو الرد ،وهو ما تضمنته المادة 198 من نفس القانون.

ب/* شروط الوصية:

وتتعلق هذه الشروط بكل من الموصي، الموصى له والموصى به .

ب-1-الموصي:

-ونصت المادة 186 من قانون الأسرة على أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل،بالغا من العمر تسع عشرة(19) سنة على الأقل"،وقد إنتقد الدكتور علي علي سليمان هذه السن،في كونها متأخرة جدا.

-وسيتخاص من ذلك أن من أبرم وصيته قبل بلوغه السن القانونية،عدت الوصية غير قائمة،كذلك إذا إنعدم العقل، فإن الوصية لا تقوم لأن وصية المجنون غير جائزة،بمفهوم المخالفة لمادة 186 أعلاه.

وتكون العبرة دائما في ذلك بوقت إنشاء االوصية.

-ويجب أن يتوافر رضا الموصي،فإذا كان مكرها أو هازلا فلا تصح وصيته،ولا وصية السكران لأنها تضر بورثته،وتخالف مبدأ الشريعة الإسلامية"لا ضرر ولا ضرار"، غير أنه لا يشترط أن يكون الموصي مسلما إذ أن المادة 200 من قانون الأسرة تنص على أنه تصح الوصية مع إختلاف الدين.

ب-2/ الموصى له:

-يجب على الموصى له ألاّ يكون جهة معصية،لذلك لا تضح وصية المسلم التي يزيد بها حراما كالوصية لدور اللهو ولأندية القمار أو الكنائس كما لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا،كما ورد في المادة 188 من قانون الأسرة،غير أن القتل قد يكون قبل

الإيصاء، كأن يجرح الموصى له الموصي جرحا عميقا يعقبه إيصاء الموصي للموصى له(الذي قام بجرحه) ثم يضفي الجرح بعد ذلك إلى موت الموصي.[17]
الراجح أن القتل بعد الوصية مبطل لها،وأما إذا حدث سبب القتل قبلها فلا يحول دون صحتها،ويرى جمهور الفقهاء أن قتل النفس بحق،كالقتل القصاص،لا يؤثر في صحة الوصية.
-وإذا كان الموصى له وارثا فإنه يجب إجازة الوصية من طرف الورثة بعد وفاة الموصي،ذلك ما أكدته المادة 189 من قانون الأسرة.
كما أن الوصية للحمل صحيحة شرط أن يولد حيا ،فإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو إختلاف الجنس وهذا مضمون المادة 187 من نفس القانون.

ب/3- الموصى به:

-ويشترط في الموصى به أن يكون مماّ تمكن توارثه، من كافة الأموال والحقوق المالية أو الملحقة بالمال، وأن يكون مقوما،وموجودا في ملك الموصي وقت إبرام الوصية[18]. وقد نصت المادة 190 من قانون الأسرة في هذا الصدد على ما يلي"للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

2/ الوصية في الشريعة الاسلامية

أ/ المذهب الحنفي: عرفها فريق من الأحناف على أنها،ما أوجبه الموصي من ماله بعد موته،وعرفها فريق آخر بأنها ما أوجبه الموصي من ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه،غير أن هذه التعريفات تم إنتقادها رغم دقتها.

[17] الدكتور : زهدور مد ، ا رجع السابق.
[18] الدكتور : زهدور محمد – المرجع السابق.

ب/-المذهب المالكي: فقال فريق من المالكية أنها عقد، يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته،ويعاب على هذا التعريف أنه يعتبر الوصية عقد مع أنها تصرف من جانب واحد.

ج/ المذهب الشافعي:وقال الشافعية أن الوصية تبرع بحق مضاف لما بعد الموت،وهو شبيه بتعريف الحنفية ،غير أنه لم يشمل أنواع الوصية.

د/المذهب الحنبلي: وعرفها بأنها تبرع مضاف لما بعد الموت،وما وجه إلى التعريفات السابقة من إنتقاد يمكن توجيهه الى هذا التعريف.

-ويتجلى من هذه التعريفات أنها جميعا متقاربة في المعنى،والمقصد غير أن السؤال الذي يتبادر في هذا المجال هو:هل أن الوصية تعتمد في إنشائها على إيجاب الموصي وحده،أي على إرادته المنفردة أم أنّها تحتاج لتوافق إرادتين؟

-لقد إتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن القبول، لا يكون إلاّ بعد الوفاة ولا عبرة به في حياة الموصي،وإتفقوا على أنه لا يشترط أن يكون القبول فور وفاة الموصي بل يثبت على التراخي.

-غير أن مواطن الإختلاف تظهر في أصل إشتراط القبول للزوم الوصية فإن "زفر" قال أن الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى القبول ،وحجته في ذلك أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة كما يثبت ملك الوارث،لأن الإنتقال هنا مقترن بالموت, وأن نوع الملكية واحد وهو الخلافة،وأن الميراث لا يلزم فيه القبول،فكذلك الوصية.[19]

-وقد إختلف الفقهاء في مسألة الإستخلاف،في الميراث والوصية،فالإستخلاف في الأول من الشارع وله ولاية الإلزام،أما الإستخلاف في الثاني فمن الموصي.

وهو لا يملك إلزام الموصى له،فيكون له حق الرد، وذلك دفعا لضرر المن.

-كما أن "زفر" يرى أن الوصية إذا ارتدت في حياة الموصي بطلت ،لأن الرد أبطل صيغة الوصية وجعلها غير مفيدة لمؤداها،فلا تثبت الملكية بعد الوفاة ولا يحييها قبول جديد للموصي له، غير أن جمهور الفقهاء يرى أنه لا عبرة بالقبول أو الرد في حياة الموصي لأن الأثر الشرعي للوصية لا يثبت إلا بعد وفاة الموصي.

---

[19] الإمام محمد أبو زهرة – شرح قانون الوصية "دراسته مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية".

ـ كما اختلف الفقهاء في مسألة القبول، أهو القبول الإيجابي بالقول أو ما يقوم مقامه كالتصرف في العين تصرف المالك، أو القبول السلبي وهو عدم الرد الصريح، فقال أبو حنيفة أن القبول المطلوب هو عدم الرد، وفي هذه الحالة إذا مات الموصى له من غير أن يصدر عنه ما يدل على القبول أو الرد انتقل الملك في الوصية إلى ورثته واعتبر قابلا. وقال مالك والشافعي وابن حنبل أنه لا بد من القبول بالقول أو ما يقوم مقامه ولا يكتفي بعدم الرد.

ـ ومما سبق ذكره، نستخلص أن التصرف بالوصية ينشأ بإرادة منفردة ولا تحتاج إلى القبول إلا بعد الوفاة وهو شرط لثبوت الملكية ولا يعتبر شرطا لصحة الوصية.

المطلب الثاني : إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة:

1/ تعريف الشفعة:

ـ عرفت المادة 794 من القانون المدني الشفعة بأنها "رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية "
ومن خلال دراسة النص يتضح أن الشفعة رخصة وليست حقا، وهي سبب من أسباب كسب الملكية، ولا تكون إلا في العقار، والشفعة تفترض أن هناك شفيعا وهو الذي يأخذ بالشفعة ومشفوعا منه وهو المشتري الذي يحل محله الشفيع وبائعا لهذا المشتري،وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشتريا محل المشتري الأصلي، وعقارا مشفوعا به والمملوك للشفيع،وعقارا مشفوعا فيه وهو الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفع الشفيع فيه.[6]

2/ شروط الشفعة:

أ ـ أن يتم بيع عقار بعقد معاوضة.
ب ـ توفر صفة الشفيع وثبوتها فيه.
جـ ـ إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة في أجل محدود وبعقد رسمي.

[6]. الدكتور محمد تقية، الإرادة لمنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

- وتثبت صفة الشفعة، كما جاء في المادة 795 من القانون المدني لكل من :
مالك الرقبة، الشريك في الشيوع، وصاحب حق الإنتفاع.

- وقد نصت المادة 799 من القانون المدني بقولها : " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك "

- والإعلان عن الأخذ بالشفعة يجب أن يصدر في عقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان باطلا وذلك طبقا للمادة 801 من القانون المدني، وأن يعلن رغبته إلى البائع والمشتري، فإذا أعلنها لأحدهما دون الآخر، أو أعلنها لأحدهما في الميعاد المقرر قانونا وأعلنها للآخر خارج الميعاد كان باطلا.

- وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 1997/01/14 عن مجلس قضاء تبسة ذ ـ الغرفة المدنية ـ : وحيث أن حق الإيجار ينتقل إلى الورثة وبالتالي فإنه وبعد وفاة مالك القاعدة التجارية ب.ع. شعبان إنتقل الحق إلى ورثته المدعين.

ـ وحيث أن المادة 795 من القانون المدني تنص على أن حق الشفعة يثبت لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وبالتالي فإن للمستأجرين وبصفتهم أصحاب الإنتفاع الحق في المطالبة بالأخذ في الشفعة.[7]

ـ وجاء في القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1985/06/25 أنه :
"وإذا كان من الثابت في الأوراق أن الشفيع استند في طلبه الأخير بالشفعة إلى قيام حق ارتفاق بالري لأرضه على الارض المشفوع فيها، وكان الثابت من تقرير الخبرة قيام هذا الحق فعلا فإن الحكم لمطعون فيه إذا قضى بأحقية الشفيع في الأخذ بالشفعة يكون صادف صحيح القانون "[8]

---

[7] : قرار صادر بتاريخ 1997/01/14، عن لس قضاء تبسة ـ الغرفة ا دنية ـ (ب.ن) مد ومن معه ضد ورثة (ب.ع) شعبان ـ ملف رقم 96/210.

[8] : الطعن رقم 1717 سنة 56 ق جلسة 1985/06/25 س 36 ص 917 (قضاء النقض ا د الصورية والشفعة) ا ستشار سعيد أ د شعلة.

3/ إعلان الرغبة في الشفعة يتم بإرادة الشفيع المنفرد:

- والشفيع إذا توافرت فيه أحد الصفات المذكورة في المادة 795 من القانون المدني، يتوفر له مركز قانوني يسمح له أن يشفع بإرادته المنفردة في الحصة الشائعة وتثبت له رخصة تخوله الحق في امتلاك العقار المشفوع فيه عن طريق حلوله محل المشتري.

ـ ويلاحظ في الشريعة الإسلامية أن الشفعة لا تثبت إلا أن في مال مشترك ببيع جزء منه وذلك عند الجمهور، فلا تثبت عندهم للشريك، أما الحنيفية فيرون أن الشفعة تثبت للشريك في نفس العقار المبيع ثم للشريك في حقه الخاص ثم للجار الملاصق له، ويكون التمليك بالشفعة بالإرادة المنفردة للشفيع.

المطلـــــب الثالث : اليميـن الحاسمة

تعريف اليمين :

- هي ذلك القول الذي يتلفظ به الحالف، أي من أدى اليمين للإخبار عن أمر ما، ويتخذ الحالف، ا عز وجل شاهدا على صدق ما يقوله.

- ومن خلال التعريف نستخلص أن لليمين خاصيتين :

أولهـــــــا : أنها عمل ديني، إذ أن الحالف يستشهد ا عز وجل على ما يتلفظ به، إضافة إلى أنه عمل مدني.

ثانيهــــــا : أن الهدف من أداء اليمين هو تأكيد قول أو وعد.

2/ اليمين الحاسمة :

_وقد نصت المادة 343 على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك " ومن قراءة هذه المادة يتضح جليا أن اليمين الحاسمة توجه من طرف الخصم إلى خصمه، فيحتكم هذا الأخير إلى ضميره لهدف حسم النزاع، وهي وسيلة يلجأ إليها الخصم

الذي لا يملك أي دليل قانوني بغرض إثبات حقه، وما على الخصم الموجه له اليمين إلا الحالف، ويكون بذلك قد أثبت أن ضميره راض بإنكار الإدعاء.
أما إذا نكل عنها كان نكوله إقرارا ضمنيا بصحة ادعاء خصمه, فيحكم القاضي بهذا الاقرار.
ـ أما إذا رأى أن توجيه اليمين للخصم فيه تعسف جاز له منع القرار الصادر له، كوجود إشهاد يثبت الدين، وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 2001/06/23 عن مجلس قضاء تبسة الغرفة المدنية : " وحيث أن المعارض ضده قد أثبت بأنه دائن للمعارض، وذلك بموجب الإشهاد المحرر مـــن طرف كاتـب الضبط لـدى محكمة تبـسة المؤرخ في 2000/03/01.
وحيث أن المعارض لا ينكر ما جاء في هذا الإشهاد، ولكنه يدفع بأنه دفع مبلغ 7.000 دج من مبلغ 12.000 دج لكنه لم يثبت ذلك، خاصة وأن المعارض ضده ينكر بأنه تسلم مبلغ 7.000 دج من طرف المعارض.

ـ وحيث أن طلب المعارض المتعلق بتوجيه اليمين للمعارض ضده غير مؤسس وذلك لوجود دليل كتابي على أنه مدين بمبلغ 12.000 دج بموجب الإشهاد المذكور.[9]

- وعليه نستخلص أن اليمين الحاسمة تصرف قانوني بإرادة الخصم المنفردة، في أن يحتكم إلى ضمير خصمه فيما يترتب على ذلك من نتائج قانونية، وهذا التصرف لا يحتاج لقبول الخصم الموجهة له اليمين.
ـ وتجدر الإشارة إلى أن اليمين الحاسمة ما دامت تصرفا قانونيا، يشترط فيمن يوجهها أو يردها أهلية التصرف وخلو الإرادة من جميع العيوب.

[9] : قرار صادر بتاريخ 2001/06/23 لس قضاء تبسة، الغرفة ا دنية، رقم الفهرس 01/163، رقم ا لف 00/302، (ب.ع) ضد (ع.ع)

المطلب الرابع : الإقـــــــــرار

ـ عرفت المادة 341 من القانون المدني الإقرار بقولها "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"

ومن خلال هذه المادة يمكن تعريف الإقرار على أنه عمل قانوني صادر عن إرادة منفردة، تتجه لإحداث أثر قانوني، وهو إعفاء المقر له من إثبات الحق الذي يدعيه، وثبوت هذا الأخير في ذمة المقر.

1/ شروط الإقرار :

ويشترط في الإقرار لكي يكون صحيحا منتجا لآثاره :

أ ـ أن يصدر عن إرادة خالية من كل العيوب.

ب ـ أن تتجه إرادة المقر إلى إثبات حق في ذمته.

جـ ـ أن يتم التعبير عن هذه الإرادة.

والواقع أن التعبير الضمني مستبعد، إذ لا يستخلص من مجرد السكوت أو من تخلف الخصم عن الحضور أو من امتناعه عن الإجابة.

ـ والإقرار عمل اختياري يكشف عن وجود حق في وقت سابق، فهو لا ينشئ مركزا قانونيا جديدا، ويلزم المقر متى صدر منه ولا يمكنه العدول عنه إلا لسبب من الأسباب التي تبطله، ويجوز الإقرار لصالح المجنون وغير المميز، غير أن المقر يجب أن يكون ذو أهلية أو ولاية على مال غيره.

2/ أنواع الإقرار :

أ) ـ الإقرار القضائي : وهو الإقرار الذي تضمنته المادة 341 من القانون المدني بأنه "... اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة ".

- ويستخلص من هذه المادة أن الإقرار القضائي يجب أن يصدر من أحد خصوم الدعوى أو من وكيل عنه بصفة خاصة في الإقرار، كما يجب أن يكون الإقرار أمام محكمة

مختصة، فإذا وقع أمام غيرها من الجهات القضائية أو هيئات أخرى إدارية أو غيرها، فلا يعتبر اقرارا قضائيا، ولا مانع أن يستعين به القاضي على سبيل الإستدلال.

ـ ونصت المادة 342 من القانون المدني على " أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه، إلا إذا قام على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى ".

ومن هذه المادة نستخلص أن للإقرار ثلاثة آثار وهي الحجة المطلقة والكاملة، كما لا يجوز العدول عنه ولا يجوز تجزئته.

وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 2001/09/22 عن مجلس قضاء تبسة الغرفة المدنية :

ـ وحيث أن المستأنف استطاع بهذه الشهادة الإثبات بأنه ليس مدينا للمستأنف عليه، وبالتالي فإنه تخلص من الإلتزام الذي في ذمته، الشيء الذي يكون معه إقرار ج.ب يكون في حدود ما هو مدين به هو فقط، وعليه فإن المجلس يقضي بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف مع تعديله بحذف ما قضى به فيما يتعلق بالمستأنف ر.خ وذلك بحذف مبلغ 44.500 دج المحكوم به عليه.[10]

ـ كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2001/06/02 عن نفس الغرفة : حيث ثبت للمجلس بعد دراسة ملف الدعوى أن المستأنف أقر بالدين المحكوم به أمام المحكمة ولم يدفع بإخراج المستأنف عليه من الخصام والتمس أمام المحكمة أجلا لتسديد ما عليه من دين.[11]

<u>ب) ـ الإقرار غير القضائي :</u>

- ويتشابه الإقرار غير القضائي مع الإقرار القضائي من حيث طبيعته، فهو عمل قانوني صادر عن إرادة منفردة، إلا أنه يختلف عنه في أنه لا يصدر أمام الهيئات القضائية التي تنظر في القضية محل الإقرار، وأجمع كثير من الشراح على أن الإقرار غير القضائي

---

[10] : قرار صادر بتاريخ 2001/09/22 لمس قضاء تبسة، الغرفة ا دنية، رقم ا لمف 01/034، الفهرس 2001/184 (ر.خ) ضد (ب.س)

[11] : قرار صادر بتاريخ 01/06/02 لمس قضاء تبسة، الغرفة ا دنية، رقم ا لمف 01/091، رقم الفهرس 2001/153 (ج.ع) ضد (ع.أ.ص)

ليس له حجة قانونية ملزمة للقاضي، وأن هذا الأخير يملك السلطة التقديرية في الأخذ به من عدمه.

- ونستخلص مما سبق أن الإقرار عمل قانوني يصدر من جانب واحد، إذ يتم بإرادة منفردة هي إرادة المقر، والتي تتجه إلى إحداث أثر قانوني هو الإعتراف بحدوث واقعة معينة، يؤدي لثبوت حق في ذمة المقر، وإعفاء المقر له من إثبات هذا الحق، دون حاجة إلى قبول هذا الأخير، فيصبح المقر ملزما بإقراره، مما يجعل مصدر لالتزامه هو إرادته المنفردة وحدها.[12]

المطلب الخامس : إقرار المالك ببيع ملك الغير:

يكون هذا الإقرار في حالة ما إذا باع شخص شيئا معينا بالذات ليس ملكا له، ونستخلص من ذلك، أن شروط بيع ملك الغير هي :

1. أن يكون الشيء معينا بالذات، فلا يقع بيع ملك الغير على الشيء غير المعين بالذات ولا على الشيء المستقبل.
2. أن يقوم البائع ببيع الشيء ، لا أن يتعهد عن مالك الشيء بأن يحصل على بيع الشيء لشخص آخر، لأنه يعتبر تعهدا عن الغير.
3. أن يبيع الشيء غير المملوك له، دون أن يعلق البيع على شرط أن يملك الشيء المبيع.
4. أن يبيع الشريك شيئا مملوكا على الشيوع، وبعد القسمة لا يقع هذا الشيء في حصته، فيعتبر بائعا لملك الغير، أما إذا وقع الشيء كله في حصته اعتبر بائعا لملكه.

ـ وقد نصت المادة 397 من القانون المدني على أنه " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع..."، فيكون بذلك المشرع الجزائري قد أنشأ البطلان، وبدون هذا النص لا يكون بيع ملك الغير قابلا للإبطال، بل يكون صحيحا قابلا للفسخ لاستحالة تنفيذ البائع لإلتزامه بنقل الملكية.

ـ كما يستفاد من نص المادة 398 من القانون المدني التي تنص على انه " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري "، أن عدم إقرار المالك للبيع يعني عدم سريانه في حقه.

---

[12] : الدكتور مد تقية، ا رجع السابق، ص 115 (بتصرف)

- وإذا قام البائع بتسليم المبيع للمشتري دون إقرار المالك للبيع، فإن هذا الأخير له حق الرجوع على المشتري بدعوى الإستحقاق فيسترده، وللمشتري حسن النية أن يرجع على البائع بدعوى التعويض، كما يمكن للمالك طلب التعويض من البائع لما أصابه من ضرر بسبب تصرف البائع في شيئ مملوك له (المالك).

وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 2000/10/21 عن مجلس قضاء تبسة، الغرفة المدنية :

- حيث أن المستأنف يقر بأنه باع هذه السيارة للمستأنف عليه ب.ط بمبلغ 300.000 دج

- وحيث أن هذه السيارة هي موجودة الآن في حوزة صاحبها س.م هـ وبالتالي فإن المستأنف يعتبر قد باع سيارة وهي ملك للغير وليست ملكه.

- حيث أن الحكم الجزائي المرفق بالملف يثبت أن المستأنف قد اشترى فعلا السيارة موضوع النزاع من طرف شخص آخر يدعى ر.ن دون علم صاحبها المستأنف عليه س.م هـ الذي قدم شكوى ضد ر.ن الذي توبع وأدين من طرف محكمة الجنح عن جرم خيانة الأمانة لكونه كلف من طرف صاحب السيارة بإصلاحها لكنه قام ببيعها.

- وحيث أن المستأنف، حتى وإن ثبت بأنه اشترى السيارة موضوع النزاع لكنه اشتراها من غير صاحبها وبدون علمه كما قام ببيعها بنفس الطريقة، وبهذا يكون قد تصرف في ملك الغير خاصة وأن هذه السيارة تحمل وثائق إسم صاحبها س. م هـ وبالتالي فإن ملكيتها لم تنتقل للمستأنف.

- حيث أن المستأنف ما دام يقر بأنه باع هذه السيارة للمستأنف عليه ب.ط فهو ملزم برد ثمنها لهذا الأخير وما عليه هو إلا الرجوع على من له فيه مصلحة. [13]

- وأشير أخيرا، إلا أن إقرار المالك بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري وقت صدور الإقرار، ويسري العقد في حق المالك بالرغم من أنه أجنبي عنه.

[13] : قرار صادر بتاريخ 2000/10/21، لمس قضاء تبسة، الغرفة ا دنية، رقم الفهرس 2000/210 (ط.م) ضد (ب.ط) ومن معه.

المطلب السادس : قبول التعهد وإقرار العقد

1/ تعريف التعهد :

- هو أن يجعل أحد طرفي العقد شخصا ثالثا يلتزم بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل تجاه الطرف الثاني، والهدف الغالب منه هو تسهيل إبرام العقد، إذ لا يستطيع أحد أطرافه إعطاء رضائه لقصر أو حجر أو غيبة، فيبرم غيره العقد ويتعهد معه بأنه سيقره عند بلوغه أو رجوعه من غيبته أو رفع الحجر عنه، والتعهد لا ينشئ إلتزاما في ذمة الغير فهو أجنبي بالنسبة للتعهد.

ـ ونصت المادة 114 من القانون المدني على أنه " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده ... "، ويظهر جليا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه.

2/ إقرار العقد وأثره :

ـ للغير أن يرفض إقرار ذلك العقد فيبقى غير نافد بالنسبة إليه ولا تقع عليه أي مسؤولية عن هذا الرفض وله أن يقبل إقرار التعهد، وفي هذه الحالة ينشأ عقد جديد بين من تعاقد مع المتعهد وبين الغير.

ـ ويختلف العقد الأول الناشئ بين المتعاقد والمتعهد، عن العقد الثاني الناشئ بين المتعهد والغير في الإلتزامات الملقاة على عاتق كل طرف في العقد، ففي العقد الأول يلتزم المتعهد بتحقيق غاية هي دفع الغير إلى إقرار التعهد، أما العقد الثاني فيلتزم الغير بموجبه بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل.

ـ وقد جاء في حيثيات القرار الصادر بتاريخ 2000/10/14 عن مجلس قضاء تبسة، الغرفة المدنية :

ـ حيث أن دفع المستأنف بأن المستأنف عليه أوهمه وحمله على إمضاء اتفاق بدفع مبلغ 30.000 دج يعتبر غير مؤسس، لكون هذا التعهد الذي يتعهد بموجبه المستأنف على دفع 30.000 دج للمستأنف عليه كثمن لخزانات خاصة بالبريد، يعتبر في نظر المجلس

صحيحا، إذ به إمضاء كل واحد من الطرفين المستأنف وممثل الإدارة الذي حضر كتابة هذا التعهد. [14]

ـ كما نصت الفقرة الثانية من المادة 114 من القانون المدني على ما يلي :

" أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد "، فتاريخ العقد الأول يتم عند الإتفاق بين المتعهد والمتعاقد معه، أما تاريخ العقد الثاني هو صدور إقرار الغير للتعهد، فليس للقبول أثر رجعي إلى وقت صدور التعهد، إلا إذا قصد الغير ذلك صراحة أو ضمنا.

<u>المطلب السابع : إجازة العقد القابل للإبطال</u>

<u>1/ تعريـــــــف :</u>

- إجازة العقد القابل للإبطال هو عمل قانوني يزيل عيبا في العقد، وهو صادر من جانب واحد، كالمالك الذي يقر بيع الغير لملكه، والإجازة لا تلحق إلا العقد القابل للإبطال إذ أنه موجود قانونا، كما يرتب كافة آثاره القانونية، حتى يتقرر إبطاله، فتزول هذا الآثار بأثر رجعي أو يثبت بإجازة صاحب الحق في إبطاله، وقد نصت المادة 100 من القانون المدني على أنه " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون الإخلال بحقوق الغير ".

- غير أن العقد الباطل هو عقد معدوم لا يمكن أن ترد عليه الإجازة طبقا لنص المادة 102 من القانون المدني [15]

---

[14] : قرار صادر بتاريخ : 2000/10/14، عن لس قضاء تبسة، الغرفة ا دنية، رقم ا لف 2000/105، الفهرس 2000/206، (م.ت) ضد (ج.ص)

[15] : الدكتور مد تقية، ا رجع السابق ص 102 (بتصرف)

2/ شروط الإجازة :

-بمأن الإجازة عمل قانوني بإرادة منفردة، يصدر عن أحد المتعاقدين، الذي له حق طلب إبطال العقد، إذ يقوم بالتنازل عن هذا الحق بواسطة الإجازة فإنه يشترط فيمن له هذا الحق :

1. أن يكون عالما بالعيب اللاحق بالعقد.
2. أن تتجه إرادته إلى التنازل عن حق طلب الإبطال.
3. أن يعبر عن إرادته صراحة أو ضمنيا كقيامه بأي عمل يوحي باتجاه إرادته إلى التنازل عن حق طلب إبطال العقد، كتنفيذه رغم العيب الذي شابه.

3/ آثار الإجازة :

ـ نصت الفقرة الأخيرة من المادة 100 من القانون المدني على أن تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، ومعنى ذلك أن الإجازة سواءا كانت صريحة أو ضمنية تزيل حق المتعاقد في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى أو الدفع، ويصبح وجود العقد نهائيا.

ـ وجاء عن محكمة النقض المصريـة "إن دفع المتعاقد بإبطال العـقـد، بعد إقراره بصحته غير مقبول"[16].

وللإجازة أثر رجعي تجعل العقد صحيحا من وقت إبرامه، وهذا مقصود المادة 100 أعلاه، غير أن هذا التعبير غير دقيق، فالعقد القابل للإبطال عقد صحيح منتج لجميع آثاره من وقت إبرامه, وإجازته تزيل خطر إبطاله ولا تجعل العقد ينتج آثارا لم يكن ينتجها من قبل"[17].

- وتقتصر آثار الإجازة على من صدرت منه دون إخلال بحقوق الغير، وهو الخلف الخاص، فإذا باع قاصر عينا وبعد بلوغه سن الرشد باعها إلى مشتري آخر، ثم أجاز البيع الأول، فإن الإجازة لا تنتج آثارها اتجاه المشتري الثاني، الذي له حق التمسك

---

[16] : نقض 29 ـ 05، 1958، طعن 1301 س 53 ق.

[17] : الدكتور مد تقية، ا رجع السابق (بتصرف).

بإبطال البيع الأول بمقتضى عقد شرائه، وحكم بأن "الإجازة تصرف قانوني يتضمن إسقاط الحق، فلا يملكها من كان ناقص أهلية " [18]

4/ إجازة العقد القابل للإبطال في الشريعة الإسلامية :

أ ـ تعريف الإجازة :

- وعرفها الفقهاء بأنها تصرف شرعي في العقد بالإبقاء، فيصبح نافذا ويرتب حكمه، فالولي أو ناقص الأهلية عندما يستكمل أهليته أو مالك الشيء في حالة بيع الفضولي له حق إجازة التصرف.

ب ـ طبيعة الإجازة :

ـ واعتبرها الفقه الإسلامي تصرف انفرادي يعتمد على إرادة واحدة تصدر من صاحب حق إبطال العقد، دون حاجة لإرادة المتعاقد الآخر، ولا يستطيع المجيز بعد ذلك أن يرجع فيها، ويلزم في الإجازة توافر الأهلية لدى المجيز وخلو إرادته من كل عيب.

ـ وقد يكون التعبير عن الإجازة باللفظ الصريح كأن يقول " أجزت التصرف " " رضيت به"، وقد اختلف الفقهاء حول بعض الألفاظ مثل : " أحسنت " أو " كفيتني مؤونة البيع "، فمنهم من اعتبرها إجازة صريحة ومنهم من قال أنها ليست إجازة إذ قد يقصد بها الإستهزاء، لأن الأصل الجد في المعاملات.

ـ كما قد تكون الإجازة ضمنية كأن يقوم من له حق الإجازة بفعل يدل على الرضا والإقرار مثل ذلك أن يقبض ثمن المبيع أو يهبه أو يقوم بتسليم المبيع للمشتري.

المطلب الثامن : إختيار المدين أداء أحد الأشياء محل الإلتزام

ـ نصت المادة 213 من القانون المدني على أنه : " يكون الإلتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقد على غير ذلك ".

---

[18] : الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، (مصدر الإلتزام)، نقض 01 ـ 02 1952 موعة القواعد جـ 2، ص 839 رقم 46.

- ونستخلص من المادة أن المدين يختار الوفاء بشيء ضمن أشياء متعددة، ويكون محل الإلتزام قابلا للوفاء بذاته، فإذا اختار المدين الوفاء كان وفاؤه كاملا، وينقضي بذلك التزامه وبرأ ذمته براءة تامة، وهذا ما يسمى بالإلتزم التخييري.

1/ شروط المحل :

- يتضح من المادة السالفة الذكر أن محل الإلتزام التخييري هو شيء واحد فقط من ضمن أشياء متعددة، دون أن يشملها جميعها، كما يشترط لكي يكون الإلتزام تخييريا أن يكون إثنان من بين الأشياء المتعددة تتوفر فيها شروط العمل من حيث التعيين والإمكان والمشروعية، فإذا كانت هذه الشروط متوفرة في شيء واحد فقط، كان هذا وحده محل الوفاء، ويكون بذلك الإلتزام بسيطا وليس تخييريا.

ـ وصاحب حق اختيار الشيء محل الإلتزام هو المدين، ويتم تعيين المحل في الإلتزام بإبلاغ صاحب الحق في الخيار الطرف الآخر ما وقع عليه اختياره، وذلك في المدة المحددة للإختيار إن كان له مدة وإلا ففي مدة معقولة، ويرجع الأمر للقاضي في تقدير المدة المعقولة عند عدم الإتفاق. [19]

ـ ويستعمل المدين حقه في اختيار محل الإلتزام بأعمال إرادته المنفردة، والمتمثلة في فرز أحد الأشياء، ولا حاجة للمدين إلى قبول الدائن وبذلك يلتزم المدين بإرادته المنفردة بأدائه أحد الأشياء المتعددة للدائن.

2/ إختيار المدين أداء أحد الأشياء محل الإلتزام في الشريعة الإسلامية :

ـ ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية هذا النوع بخيار التعيين، فيشترط المشتري عادة أن يكون المبيع أحد أشياء معينة، فبإختيار التعيين يثبت للمشتري الملك في أحد هذه لأشياء، كما يشترط ألا تزيد الأشياء التي يختار منها المشتري على ثلاثة، لأن خيار التعيين شرع استحسانا، في حالة ما إذا لم يتمكن المشتري دخول السوق بنفسه أو كان في حاجة لرأي خبير.

---

[19] : الدكتور مد تقية، ا رجع السابق، ص 101.

ـ وخيار التعيين محل خلاف بين الفقهاء فيمنع الأخذ به عند الشافعية والحنابلة وزفر لمخالفته للقياس، لجهالة العين المعقود عليها، غير أن الإمام أبو حنيفة يجيز خيار التعيين مع مخالفة القياس، فيرى أن الإستحسان يقتضي ذلك، لأن الخيار شرع للحاجة، ليختار ما هو الأوفق.

المطلب التاسع : إلتزامات الفضولي

1/ تعريف الفضالة:

ـ نصت المادة 150 من القانون المدني على أن : "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك "، وتعتبر الفضالة تطبيقا من تطبيقات القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب، ونكون بصدد الفضالة في حالة ما إذا قام الفضولي باي تصرف قانوني كتسديد دين أو بيع محصول أو عمل مادي كإطفاء حريق شب في منزل شخص آخر، ويكون هذا التصرف القانوني أو العمل المادي لحساب هذا الشخص.

ـ غير أن العلاقة بين الفضولي وصاحب العمل تتمثل في كل عمل يقوم به الفضولي مادي أو تصرف قانوني، سواء مع صاحب العمل أو مع من تعاقد معه، ولم يشترط المشرع الجزائري أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي ضروريا وعاجلا على عكس المشرع المصري الذي اشترط في المادة 188 من القانون المدني على أن يكون العمل أمرا عاجلا.

ـ كما تتحقق الفضالة في حالة قيام الفضولي بشؤون لنفسه وقام أثناءها بشان لغيره، لوجود ترابط بين الشأنين، ولا يمكنه القيام بأحدهما دون الآخر، مع اتجاه نيته إلى القيام بعمل لصالح رب العمل وهذا ما يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب، وعن الإشتراط لمصلحة الغير.

ـ او أن يقوم الفضولي بعمل دون أن يكون ملزما به ولا موكلا فيه، وإلا كان هذا العمل مصدره عقد وكالة أو عقد عمل وبالتالي لا يكون القائم به فضوليا.

وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ: 02/03/04 عن الغرفة التجارية، لمجلس قضاء تبسة:

- حيث أن الدفع غير المستحق يفترض أن شخص يضن أنه مدين يقوم بالوفاء بما يظنه دين في ذمته وان العارضة قامت بدفع المبلغ للحصول على كمية الفوسفاط، كما أنه لا مجال للقول بوجود فضالة في النزاع الحالي لانعدام أي ركن من أركانها فيه [20]

2/ إلتزامات الفضولي :

أ / - استمرار الفضولي في العمل الذي بداه:

- فهي أول الإلتزامات التي ينبغي على الفضولي أن يلتزم بها، فيستمر في عمله إلى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه وهذا ما جاء في الفقرة الاولى من المادة 153 بقولها : " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه" ، فتدخل الفضولي بإرادته المنفردة تجعله ملزما قانونا بالإستمرار فيه لكي لا يكون هذا التدخل تسرعا أو رعونة ,غير أن الفضولي غير ملزم بإتمام العمل إلا في حالة عدم تمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

ب / إخطار رب العمل بتدخله:

- نصت المادة 153 من القانون المدني في فقرتها الأخيرة على ما يلي: " كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك ", وبذلك يكون القانون قد فرض على الفضولي إخطار رب العمل بتدخله متى تيسر له ذلك، لما كان لرب العمل الحق في أن يمنع الفضولي من الإستمرار فيما تصدى له.

جـ / أن يبذل عناية الشخص العادي في العمل :

- نصت المادة 154 من القانون المدني على أنه " يجب على الفضولي ان يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي" ويكون الفضولي مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها، وللقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب عن هذه الأخطاء إذا وجد ما يبرر ذلك.
- وإذا ناب شخص آخر عن الفضولي في القيام بالعمل كله أو بعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه دون إخلال بما لرب العمل من حق الرجوع المباشر على هذا النائب،

[20] قرار صادر بتاريخ : 04-03-2002 ، ملف رقم : 2001/19 فهرس رقم : 2002/15 ، المؤسسة الوطنية للحديد والفوسفاط ضد شركة انتركونترول . مجلس قضاء تبسة ، الغرفة التجارية .

ويكون هذا الأخير نائب الوكيل إذا كان العمل الذي قام به تصرفا قانونيا، ويكون بمثابة مقاول من الباطن إذا كان العمل ماديا.

د / - تقديم حساب عما قام به لرب العمل:

- نصت المادة 155 من القانون المدني " يلزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به ".

- فإذا قام الفضولي بتصرف قانوني نيابة عن رب العمل، فيقبض الحق كوكيل، وبذلك لا يجوز له أن يستعمل هذا الحق لصالحه، أما إذا قام بالتصرف باسمه الشخصي ولصالح رب العمل فينفذ التصرف في صفة رب العمل .

- وقد رأى بعض الفقهاء اشتراط توافر الأهليه في البعض من هذه الإلتزامات والإكتفاء بالتمييز في البعض الآخر, ففيما يتعلق بالإلتزام بالإستمرار في العمل وإخطار رب العمل فهما لا يتطلبان أكثر من أهلية التمييز وإذا أخل بهذين الإلتزامين اعتبر خطأ تقصيريا، أما الإلتزامان الآخران: أي بذل عناية الرجل العادي ، وتقديم الحساب ، فهما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويتطلبان أهلية كاملة .

- وقد اختلف الفقهاء والقوانين اختلافا كبيرا في ما يخص أهلية الفضولي، فيتطلبون الأهلية في بعض التصرفات دون الاخرى، بينما اكتفت القوانين العربية بالنص على ألا يكون الفضولي ناقص الأهلية، مسؤولا إلا إذا ارتكب خطأ تقصيريا، وإلا فلا يرجع عليه رب العمل إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، أما في القوانين الغربية فالبعض منها يشترط في الفضولي أهلية كاملة والبعض الآخر اكتفى بأهلية التمييز. [21]

3 / - مصادرالتزامات الفضولي:

- اختلف الفقهاء في مصدر التزامات الفضولي وظهرت عدة آراء منها:

- الرأي الأول: يرى ان الفضالة هي وكالة ضمنية ذلك ان الفضالة تنقلب إلى وكالة إذا أقر بها رب العمل, وانتقد هذا الراي لأن شروط الفضالة هي أن يقف رب العمل موقفا سلبيا من الفضولي.

---

[21] ذهبية حامق : الفضالة في القانون المدني الجزائري (بتصرف)

- الرأي الثاني: يرى أصحابه أن الفضولي يقوم بعمل إرادي، فهو يلتزم بإرادته المنفردة، ويعاب على هذا الرأي ان الفضولي لا يتدخل بنية الإلتزام، بل أن القانون هو من يفرض عليه الإلتزام.

- الرأي الثالث: يسند الفضالة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وهو رأي منتقد إذ لا يوجد خطأ في تدخل الفضولي في شأن الغير لتحقيق مصلحة تتطلب التدخل العاجل.

- الرأي الرابع: ويرجع للفضالة الإثراء بلا سبب، ويعاب عليه أن الاثراء بلا سبب يفسر بعض إلتزامات رب العمل لكنه لا يفسر إلتزامات الفضولي .

- الرأي الخامس : ويقول انصاره أن مصدر إلتزامات الفضولي هو القانون ومن أبرز أنصاره الدكتور السنهوري.

- والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة هي العمل الصادر من الفضولي بشروطه المعروفة إلتزامات معينة على وقائع قانونية أخرى كواقعة الجوار والقرابة ، فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون إلتزامات ينص عليها ويعتبرها مصدرا مباشرا لهذه الإلتزامات . [22]

- والرأي الأسلم والسديد الذي يساير المنطق القانوني هو أن الإرادة المنفردة للفضولي هي مصدر التزامه، وتتجلى في الرغبة التي يبديها والتي تظهر في شكل تدخل في شؤون الغير، ويأتي بعد ذلك القانون كمصدر ثاني غير مباشر لإلتزامات الفضولي.

إلتزامات الفضولي في الشريعة الإسلامية:

- الفضولي في الشريعة الإسلامية هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، ولا يشترط أن يقوم بعمل ضروري عاجل، فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلا أو نائبا عن المالك فهو فضولي ولو باع على أساس بيع ملك الغير أو ملكه هو، ويستوي في ذلك علم المشتري انه فضولي او عدم علمه، وكذلك من اشترى مالا لغيره دون توكيل أو نيابة فهو فضولي .

[22] الدكتور أحمد تقية ، المرجع السابق ص 106 .

- ويكون البيع الصادر من الفضولي صحيحا ولكنه لا ينتج آثاره فهو موقوف، وعند الإمام مالك فإن تصرف الفضولي موقوف أيضا.

المبحث الثاني : التصرفات الإنفرادية التي تنشيء إلتزاما على عاتق صاحبها

المطلب الأول : الوعد بالبيع أو الشراء

- نصت المادة 71 من القانون المدني على أن " الإتفاق الذي يعد بموجبه كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيه". وموضوع هذه المادة هو الوعد بالتعاقد الذي يعتبر مرحلة وسطى بين الإيجاب وإبرام العقد الموعود به، و يتميز الإيجاب عن الوعد في أن الأول مجرد عرض لا يلزم صاحبه إلا إذا اقترن بقبول, أما الثاني فهو ملزم لمن صدر منه أن يعقد مع شخص آخر عقدا ما، بشروط معينة إذا قبل هذا الشخص إبرام العقد في مدة محددة وهذا العقد يتميز بأنه لا يرتب بذاته أي أثر قانوني وإنما يمكنه أن يرتب هذه الآثار مستقبلا ، فالوعد بالبيع يلزم الواعد ببيع شيء إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء في مدة معينة .

- ويصح أن يكون الوعد من جانب المشتري أيضا، فيتعهد بشراء شيء من البائع بثمن معين إذا وافق البائع أن يبيعه في خلال مدة معينة، والوعد في الحالتين صادر من جانب واحد وبإرادة منفردة لأن هذا الوعد لا يلزم إلا أحد الطرفين دون الآخر وهو الواعد ، الذي يرتب على عاتقه إلتزاما شخصيا بأن يفي بالوعد عند ظهور رغبة الموعود له.

- ونستخلص مما سبق أن في الوعد البيع أو الشراء يلزم الواعد نفسه بإرادته المنفردة بأن يمتنع عن القيام بأي عمل يحول دون إبرام العقد الموعود به عند إبداء الموعود له رغبته فيه، أما الموعود له لم يلتزم بشيء مما يبرز دور الإدارة المنفردة في هذا الوعد. [23]

- ويتضح من المادة السالفة الذكر أن الوعد قد يكون تبادليا أي من جانبين، فقد يبدي كل طرف رغبته في إبرام العقد خلال مدة معينة. واشترطت المادة أن يتوفر في الوعد جميع

[23] الدكتور محمد تقية ، المرجع السابق ص 206

الشروط الجوهرية التي يجب توافرها في العقد المراد إبرامه من رضا سليم وثمن وغيرها من الشروط بحسب نوع العقد إضافة لتحديد المدة إذا أمكن.

المطلب الثاني : الوعد بجائزة :

- نصت المادة (155) من القانون المدني على أن " من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بجائزة ودون علم بها "، ومن دراسة هذه المادة يتضح أن الدائن بالوعد بجائزة غير معين وقت التزام الواعد المدين بالجائزة ، وإنما التزم بإرادته المنفردة ، دون قبول الجمهور .

1 / - شروط الوعد بجائزة :

أ / - التعبير عن الإرادة : وتكون إرادة الواعد باتة نهائية صادرة عن الإرادة المنفردة ، فيكون التعبير عنها كاملا وموجها للجمهور ، لا لشخص أو أشخاص معينين وإلااعتبر هذا التعبير إيجابا يستوجب القبول و نكون بصدد عقد لا بصدد إرادة منفردة ، كما يكون التعبير عن الإرادة علنيا بكافة الطرق كالنشر والإعلان في الصحف والإذاعة السمعية والبصرية .

ب / - الإرادة الحرة : يجب أن تكون إرادة الملتزم بالوعد حرة لا يشوبها أي عيب من عيوب الرضا كالإكراه والغلط .

جـ / - الأهلية : ولأن الوعد بجائزة تصرف قد يلحق ضررا بذمة الواعد ، فإنه يستوجب أن يتمتع هذا الأخير بأهلية التصرف.

د / - الإرادة الجدية : فيكون الواعد جديا فيما التزم به ، غير أنه قد يعد بالجائزة ويأمل ألا يتحقق العمل الذي يجعله ملزما بالوفاء بالجائزة لمن قام به ، كأن يعد شخصا بإعطاء جائزة لمن يثبت أن دواء معينا غير فعالا وهو يأمل ألا يتحقق ذلك.

- وذهب بعض الفقهاء للقول أن مثل هذا الوعد لا يرتب أي أثر قانوني لعدم جدية الإرادة ، غير أنه على القاضي أن يراعي قواعد العدالة وحسن النية ليتعرف على مدى جدية إرادة الواعد .

هـ / - الإرادة المنفردة : ويعني بذلك أن الواعد يلتزم بما وعد به ، بسبب قيام شخص ما بعمل ، دون أن يكون هذا الأخير ملزما بالقيام به لأن الإرادة المنفردة تنشئ حق لمصلحة الغير وليس التزاما في ذمته .

و / - مصلحة الواعد : وتكون هذه المصلحة هي سبب التزام الواعد بجائزة، والهدف من هذا الشرط هو ضمان جدية الالتزام، وتطبيقا لمبدأ " لا دعوى بدون مصلحة" .

2 / - آثار الوعد بجائزة :

أ / - قبل تمام العمل :

- نصت المادة115 من القانون المدني على أنه " إذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور " ، ويعني ذلك أن الجائزة الموعود بها تبقى في ذمة الواعد في هذه المرحلة ، ويمكنه الرجوع في وعده إلا إذا حدد أجلا للقيام بالعمل ، فيلتزم نهائيا بإرادته ولا يكون له حق الرجوع في وعده إلا بعد انقضاء الأجل ، وإذا تم العمل المطلوب خلال الأجل ، فيلتزم الواعد بوعده وإن عدل عن ذلك .

- ويتم الرجوع في الوعد بنفس الطريقة التي تم بها إعلان الوعد أي أن يوجه العدول للجمهور, وقد اختلف الفقهاء في مدى أحقية الواعد في الرجوع في وعده فهل هذا الحق مطلق أم مقيد .

الرأي الأول : يقول أن حق الواعد في الجوع يجب أن يكون مطلقا حتى ولو تسبب ذلك في أضرار لأحد المتسابقين الذي يكون قد أضاع وقته وماله للحصول على الجائزة ما دام لم يبدأ في العمل، وبذلك لا يكون للمتسابق إلا أمل ضعيف وهذا الأمل لا يحميه القانون, وأصحاب هذا الرأي يرون أن الواعد له حق الرجوع بما أن الدائن لم يتعين بعد وذلك بعدم تمام العمل .

الرأي الثاني : يرى أنه لا يجوز الرجوع في الوعد ما دام قد بدئ في تنفيذ العمل ، أي لا يجوز للواعد الرجوع في وعده مادام شخص قد قام بالأعمال التمهيدية .

الرأي الثالث : يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجوز الرجوع بشرط أن يرد إلى من بدأ في التنفيذ ما أنفقه على أن لا يجاوز ذلك قيمة الجائزة الموعود بها ، ويكون أساس الالتزام

هو المسؤولية التقصيرية، ويعفى الواعد من التعويض في حالة التقادم إلا إذا اثبت عدم وجود رابطة سببية بين الضرر الذي أصاب من بدأ في التنفيذ وقت رجوعه في وعده أي أن يثبت أن النتيجة لم تكن لتتغير ولو كان الواعد لا يزال باقيا على وعده , و يتضح أن هذا الرأي هو الأرجح لتماشيه مع القواعد العامة ، والتطبيق السليم لها.

ب / - بعد تمام العمل : هذه المرحلة تتحقق فيها عدة نتائج :

فتخرج الجائزة من ذمة الواعد ، والتي التزم بها بإرادته المنفردة ، وتدخل في ذمة الدائن فلا يستطيع الواعد الرجوع فيها ، كما يتعين الدائن وتنشأ العلاقة بينه وبين المدين الواعد ، ويكتسب الدائن حق الجائزة ، ولا تمنعه من اكتسابه لها موته أو فقده أهليته بعد تمام العمل ، فتدخل الجائزة في الضمان العام للدائن وتنتقل للورثة .

3 / - الوعد بجعالة في الشريعة الإسلامية :

أ / - تعريف :

- الجعالة هي التزام شخص بأجرة او مكافأة لشخص آخر مقابل عمل يقوم به دون تحديد وقت لذلك ، وذلك مصداقا لقوله – صلى ا عليه وسلم – " من قتل قتيلا فله سلبه " . فلاشيء للمجعول له إلا بتمام العمل ، فإذا مات المجعول له نزل ورثته منزلته وليس للجاعل منعهم ، ويستحق الجعل بالقيام بالفعل الذي من أجله التزم الجاعل بالجعل ، وكما تكون الجعالة لشخص معين تكون لأي شخص يقوم بالعمل من غير أن يكون معلوما كالقول للغزاة : " من دخل هذا الحصن أولا فله كذا ..." وقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير) فهذا الإلتزام الجاعل بالمكافأة ليس لشخص معين ، ولم يقابل هذا الإلتزام قبولا وعليه فإن الوعد بجعالة في الشريعة الإسلامية أساسه الإرادة المنفردة .

المطلب الثالث : الإيجاب الملزم

- نصت المادة 63 من القانون المدني على انه " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل " .

- ويستفاد من هذه المادة أن الإيجاب يكون ملزما إذا حدد الموجب مدة للطرف الآخر ليقبل خلالها أو يرفض ، فيلزم الموجب بالبقاء على إلزامه إلى نهاية المدة ، فإذا عدل

خلالها وصدر القبول فلا عبرة لعدوله ، ويكون كل من المتعاقدين ملزم بتنفيذ ما التزم به ، أما إذا لم يحدد مدة للقبول فيمكنه العدول عنه ما دام لم يقترن بقبول ، وتحديد أجل القبول قد يكون ضمنيا أو صريحا فهذا الأخير لا يثير أي إشكال . أما الثاني فيترك تحديده لسلطة القاضي ومثال ذلك إذا صدر الإيجاب لغائب ، كالعقود التي تتم بالمراسلة ، فيفترض أن الموجب قد قبل البقاء على إيجابه طوال الفترة المعقولة التي تتسع لوصول القبول ، ويخضع تقدير هذه الفترة للقاضي.

- الإيجاب الملزم في الشريعة الإسلامية :

- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الإيجاب بمفرده غير ملزم لصاحبه مادام لم يتصل به قبول في المجلس ، ويجوز للموجب الرجوع عن إيجابه إذا لم يقترن بقبول إلا في حالة تمليك الزوج لزوجته أمر نفسها في تطليق نفسها ، فليس للزوج بعد ذلك أن يرجع في إيجابه إذ يعتبر ذلك طلاقا من جهته معلقا على قبولها.

- وقال المالكية أن الموجب يلتزم بإيجابه أمام من وجه إليه الإيجاب حتى ينتهي مجلس العقد أو يظهر رأيه في الإيجاب أمكن القول أن الإيجاب الملزم له وجود في الشريعة الإسلامية غير أن نطاقه محدود وأساس هذا الالتزام هو الإرادة المنفردة.

المطلب الرابع : الإشتراط لمصلحة الغير :

- نصت المادة 116 من القانون المدني على أنه " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل التعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ". وعليه نستخلص من هذه المادة :

1 / - تعريف الإشتراط لمصلحة الغير :

-هو تصرف قانوني صادر عن المتعهد يلزم بمقتضاه بأداء مصلحة تجاه شخص يسمى المشترط ,لفائدة شخص ثالث يسمى المستفيد . وبذلك فالإشتراط لمصلحة الغير يتضمن ثلاثة أشخاص .

2 / - شروط الإشتراط لمصلحة الغير :

أ / - إرادة الأطراف :

- يجب أن تتوفر لدى المشترط والمتعهد نية إنشاء حق للغير فتكون هذه النية صريحة او تكون ضمنية ، وقد صرحت محكمة النقض الفرنسية بأن كل عقد يتضمن إلتزام بسلامة ، يتضمن اشتراط لمصلحة أفراد أسرة المشترط الذي يلتزم بالإنفاق عليهم .

ب / - مصلحة المشترط :

- نصت المادة 116 من القانون المدني على أنه " يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية " ويظهر من هذه المادة أن الإشتراط لمصلحة الغير يشترط فيه وجود مصلحة شخصية للمشترط في تنفيذ الإشتراط و إلا كان باطلا .

جـ / - شروط المنتفع :

- يجب أن يكون المنتفع معينا أو قابلا للتعيين وقت أن ينتج العقد آثاره فلا يشترط أن يعين وقت انعقاد العقد ، وهذا لا يمنع من صحة الإشتراط لمصلحة الغير .

3 – أساس الإشتراط لمصلحة الغير :

وقد ظهرت عدة نظريات في تحديد الأساس القانوني للإشتراط لمصلحة الغير كما يلي :

أ / - نظرية الإيجاب والعقد الجديد :

- ويقول أنصار هذه النظرية أن المنتفع يستمد حقه من عقد جديد يصدر الإيجاب فيه من المشترط , ويترتب على ذلك انه من يعقد تأمينا على الحياة مع شركة التأمين يكتسب لنفسه حقا من ذلك العقد هو حقه في مبلغ التأمين ، ثم يوجب المؤمن له وهو المشترط إلى الغير بقصد أن ينقل إليه حقه الذي له ضد شركة التامين ولا بد من قبول الغير لذلك الإيجاب لكن يصبح دائنا فإذا قبل فإنه يصبح دائنا شخصيا للمتعهد , وهذا يؤدي إلى أن

حق المنتفع لا يثبت من حين العقد بل من حين إعلان القبول , غير أن هذه النظرية لا تتلاءم مع المنطق القانوني فتم هجرها .[24]

ب / - نظرية الفضالة :

- ومضمونها أن مصدر حق المنتفع هو الفضالة . فالمشترط يقوم بعمل الفضولي ، وعندما يعلن المنتفع رغبته في الإنتفاع من الإشتراط يكون قد أقر عمل الفضولي ويكون قد قام بتصرف رب العمل . ويعاب على هذه النظرية أنه يوجد فرق بين الفضولي و المشترط , فهذا الاخير يتعاقد باسمه الخاص و يشترط حقا للغير أما الفضولي فيتعاقد باسم رب العمل.

ج/نظرية الإرادة المنفردة

و يرى أنصارها أن الاشتراط لمصلحة الغير هي عملية مركبة, فهو ينشا من عقد مبرم بين المشترط و المتعهد من جهة و من جهة أخرى التزام المتعهد في مواجهة المستفيد , هذا الإلتزام هو تصرف من جانب واحد متصل بالعقد الذي يعتبر ذلك التصرف مكملا له, و يعاب على هذه النظرية أن الالتزام بالارادة المنفردة يفترض وجود شخص يلتزم دون اجتماع إرادته مع إرادة أخرى.

المطلب الخامس : تطهير العقار المرهون :

1 / - تعريف :

- التطهير هو مكنة منحها القانون لحائز العقار المرهون ، لإيقاف التتبع من قبل صاحب الرهن ، فيعرض الحائز مبلغ يساوي قيمة العقار ، وذلك باتباع إجراءات معينة تجعله يخلص العقار من الرهن .

2 / - صاحب الحق في التطهير :

- نصت المادة 915 من القانون المدني على أنه " يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن ثم يقيده قبل تسجيل هذا السند . وللحائز ان يستعمل هذا الحق

[24] الدكتور محمد تقية ، المرجع السابق ص 221 .

حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى الدائن أو الإنذار إلى هذا الحائز ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع " .

- ويظهر جليا من المادة أن حائز العقار المرهون هو من له حق تطهير العقار ولو كان هذا الحائز هو أحد الدائنين المرتهنين , ويكفي أن يظهر استعداده للقيام بذلك . وهو ما يتوافق مع المادة 917 التي تنص " يجب على الحائز أن يذكر في نفس الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال أيا كان أجل استحقاق الديون المقيدة " , وبمجرد أن يعرض الحائز المبلغ يصبح ملتزما بما عرض ، فإذا قبل الدائنون العرض وجب عليه دفع هذا المبلغ وبذلك يكون مصدر التزام الحائز هو إرادته المنفردة .

3 / - معياد التطهير :

1. يعود تحديد ميعاد التطهير للإرادة المنفردة للحائز ، فبمجرد اكتسابه صفة الحائز ودون حلول أجل الدين ورغم بدء الدائن في التنفيذ إلى وقت إيداع قائمة شروط البيع فلا يكون في هذه الحالة إلا أن يتقدم للمزاد وهو حق له ، أما إذا استعمل حقه في التطهير فيعرض المبلغ على الدائنين المرتهنين وقيمة ديونهم ومرتبة كل منهم وكيفية انتقال العقار المرهون للحائز ، فإذا سكت الدائنون فإنه يبقى ملتزما إلى مدى ثلاثين أو ستين يوما والمحددة بالمادة 918 من القانون المدني .

الفصل II / - التصرفات الإنفرادية التي تزيل الحق

المبحث الأول : التصرفات الإنفرادية المهنية للحق

المطلب الأول : إبطال العقد لعيب من عيوب الرضا .

- قد يشوب الإرادة عيب من العيوب ، التي تجعل العقد مهددا بخطر إبطاله ، والحق في إبطال هذا العقد هي مكنة منحها القانون للمتعاقد الذي شابت إرادته أحد العيوب ويشمل 04 فروع :

الفرع الأول : الغلط :

- نصت المادة 81 من القانون المدني على أنه : " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله " وقد عرفت المادة 82 الغلط بقولها " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط " .

- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء التي يراها المتعاقدان جوهريا او يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية ، إذا وقع في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد " .

- ويستخلص من المادتين أن المتعاقد الذي وقع في الغلط له حق طلب إبطال العقد ، ويشترط أن يكون العقد جوهريا ، فليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يخوله حق طلب إبطال العقد ، وكما جاء في المادة 82 فيشترط أن يبلغ هذا الغلط حدا من الجسامة ، جعلت المتعاقد يبرم العقد ويقع الغلط إما في صفة جوهرية أو في ذات المتعاقد أو في صفة رئيسية فيه .

أ / - الغلط في صفة جوهرية :

- ويعني ذلك أن تكون تلك الصفة هي الدافع الأساسي لإبرام العقد ، كأن يشتري المتعاقد لوحة زيتية على أساس انها لرسام شهير ، فيتبين له انها لوحة لرسام هاوي ، او شراء تحفة على أنها أثرية فيتضح أنها حديثة الصنع .

ب / - الغلط في المتعاقد ذاته أو في صفة رئيسية فيه :

- وفي هذه الحالة تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار ، وهي الدافع إلى التعاقد كأن يتعاقد شخص مع آخر باعتباره فنانا او مهندسا ويتبين أخيرا انه غير ذلك كما في عقود الوكالة والهبة والعمل وغيرها ، فيكون شخص الوكيل والموهوب له والعامل امرا جوهريا ، فالعبرة بشخص المتعاقد وليس بمحل العقد ، لأنه لولا شخص معين بالذات لما قام الواهب بالهبة والوكيل بالوكالة .... إلخ .

جـ / - الغلط في القانون :

- ومتى كان الغلط في القانون هو السبب الرئيسي في التعاقد فإنه يكون مبطلا للعقد إذا استوفى شروط الغلط الجوهري , كأن يلتزم الوارث بتسديد ديون المورث معتقدا أن القانون يلزمه بذلك ، مما يجعل التزامه قابلا للإبطال . فإن وقع الغلط في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام فيمكن الإحتجاج بالغلط في القانون ، أما الغلط الواقع في مسألة قانونية من النظام العام فلا مجال للدفع بالغلط فيها ، إضافة إلى المسائل التي يمنع القانون الإحتجاج بالغلط في القانون فيها ، وهي التي تكون محل اختلاف في مفهومها وإذا كان القانون يمنع ذلك كما بالنسبة للمادة 465 التي تنص على أنه لا يجوز " الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون " .

- وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية " لئن يجوز الاتفاق على أجرة تقل عن الأجرة القانونية ، لا يعد مخالفة للنظام العام إلا أنه يعد من قبيل العيب الذي يشوب إرادة العاقدين أن يثبت ان هذا الإتفاق كان وليد غلط في تبيين القانون الواجب التطبيق تحققت فيه الشرائط وهو ما يجوز معه للمتعاقد طلب إبطاله " .[25]

د / - الغلط في الباعث :

- ويختلط الغلط في السبب مع الغلط في الباعث في حين أن كل منهما يترتب عليه جزاء معين ، فالغلط في السبب يجعل العقد باطلا أما الغلط في الباعث فيجعله قابلا للإبطال. بالنسبة للقانون الفرنسي فقد طرح هذا المشكل عندما هجر القضاء الفرنسي المعيار الموضوعي واعتمد المعيار الذاتي الذي يتطلب البحث في نفسية المتعاقد ، وما إذا كانت

[25] قرار محكمة النقض المصرية ، نقض 1958/05/29 ، طعن 13.1 س 53 ق

الإعتقادات الخاطئة هي الدافع للتعاقد ، غير ان هذا لم يؤثر في القضاء الفرنسي وبقي متمسكا بالمجال التقليدي للغلط ، ولا يعتد بالغلط في الباعث إلا في حالتين :

1 – إذا كان متصلا بالصفة الجوهرية للشيء .

2 – إذا جعل منه المتعاقدان شرطا من شروط العقد .[26]

وقد أخذ المشرع الجزائري من المشرع المصري ، ونقل عنه على الخصوص المادة 82 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالغلط والمطابقة للمادة 121 من القانون المدني المصري .

هـ / - الغلط في القيمة :

- اشترط المشرع الجزائري أن تكون الإعتقادات الخاطئة ، مهما كان محلها ، هي الدافع للتعاقد ، فقد يكون ثمن المبيع هو السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، فعندما يتبين للمتعاقد أن الثمن مرتفع جدا وأنه لو علم بحقيقة الثمن ما أقدم على عملية الشراء فيكون قد وقع في غلط جوهري .

و / - الغلط في الشريعة الإسلامية :

- تكلم الفقه الإسلامي عن الخطأ والجهل والنسيان ، واعتبرها من أسباب إبطال التصرفات في كثير من الأحوال والمسائل ، ومن المعلوم أن الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية . لذلك فقد كان من الصعب على الغلط وهو أمر نفسي أن يجد نظرية موحدة بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، غير أن الحق في إبطال العقد وفسخه موجود في الفقه الإسلامي مثل ما هو موجود في الفقه الغربي ,وختاما نستخلص مما سبق أنه إذا تحقق الغلط الجوهري ، فإنه يجوز لمن وقع في الخطأ أن يطلب إبطال العقد ، بناء على إرادته المنفردة دون اشتراط قبول المتعاقد الآخر .

الفرع الثاني : التدليس :

- والتدليس هو استعمال حيل قصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد .

- وقد نصت المادة 86 على حق إبطال العقد لعيب التدليس بقولها " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث

[26] الدكتور علي فيلالي ، الإلتزامات النظرية العامة للعقد .

لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة إذا أثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " وعليه فإن التدليس يتكون من 03 عناصر :

1 – استعمال الحيل .

2 – نية التضليل .

3 – ان تحمل الحيل على التعاقد .

- والأصل أن يكون التدليس صادرا عن أحد اطراف العقد ليكون للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد ، غير انه يمكن ان يصدر عن اجنبي ويشترط على المدلس عليه ان يثبت أن المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس لكي يكون له حق طلب إبطال العقد . وجاء في قرار محكمة النقض المصرية " إن كتم بائع المحل عن مشتريه صدور حكم بإغلاق المحل قبل إبرام البيع يعد تدليسا " .

<u>التغرير في الشريعة الإسلامية :</u>

- ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية التغرير أو التدليس على انه استعمال طرق احتيالية كالكذب والكتمان ، واعتمد الفقه الإسلامي التدليس الصادر عن الغير ، ويشترط في التغرير أن يكون غابنا ، لكي يخول المتضرر حق طلب إبطال العقد ، أي أن يكون الغبن فاحشا نتيجة إغراء من المتعاقد الثاني .

<u>الفرع الثالث : الإكراه :</u>

- نصت المادة 88 من القانون المدني " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو ، او احد أقاربه في النفس او الجسم أو الشرف أو المال .

- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الإجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه .

ونستخلص من هذه المادة :

1 / - مفهوم الإكراه :

- ويعرفه الفقهاء بأنه ضغط تتأثر به إرادة الفرد فيدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه ، والحقيقة ليست وسائل الإكراه هي التي تفسد الرضا ، وإنما الرهبة أو الخوف الذي تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد هي التي تفسد الرضا ، وهذا ما نستخلصه أيضا من المادة 88 من القانون المدني والتي تقضي ببطلان العقد إذا ما تم التعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد في نفس المتعاقد الآخر دون وجه حق .

2 / - شروط الإكراه :

أ / -و قوع ضغط على المتعاقد يبعث في نفسه خوفا من خطر جسيم يهدده في ماله أو شرفه أو جسمه أو احد أقاربه دون وجه حق .

ب / - ان تكون هذه الرهبة هي الدافع إلى إبرام العقد ، فلا يكفي وقوع الإكراه وحدوث الرهبة في نفس المتعاقد , بل يجب أن تكون هذه الرهبة هي التي حملت المتعاقد على التعاقد وهذا يفترض وجود الرهبة وقت التعاقد .

جـ / - أن يقع الضغط من المتعاقد الاخر أو أن يكون على علم أو بإمكانه العلم به .

ونستنتج مما سبق أن المتعاقد المكره قد خيره القانون بين حق المطالبة بإبطال العقد وبين حق إبقائه ، فإذا اختار إبطال العقد فإنه يختاره بإرادته المنفردة دون حاجة لإرادة المتعاقد الآخر .

الإكراه في الشريعة الإسلامية :

- اختلف العلماء في أنواع الإكراه وفي آثاره على العقد , ففقهاء الحنفية يقسمون الإكراه إلى نوعين :

1 / - الإكراه الملجئ وهو ما كان بالتهديد بإتلاف نفس او عضو او بضرب مبرح أو ما شابه ذلك وهذا النوع من الإكراه يعدم الرضا ويفسد الاختيار .

2 / - الإكراه غير الملجئ ويكون بالتهديد بالحبس او القيد والضرب غير المتاف بكل ما يوجب غما او الما يسيرا وهذا الإكراه يعدم الرضا ، ولكنه لا يفسد الاختيار ، ويختلف باختلاف الناس.

- واختلف الفقهاء هنا في أثر الإكراه ، فذهب أبو حنيفة إلى انه يفسد العقد ، وذهب زفر إلى انه يجعل العقد غير نافذا وموقوفا ، فالعقد الأول عقد موجود ويحق لمن تقرر له حق الإبطال ان يفسخه ، أما الثاني فلا ينفذ في حق من تقرر العقد لمصلحته إلا إذا أجازه ، والفسخ والإجازة يستعملهما من تقررا لمصلحته ، بإرادته المنفردة دون حاجة لإرادة المتعاقد الآخر .

الفرع الرابع : الغبن والإستغلال

1 / - الغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه بمقتضى العقد فهو في ذاته أمر مادي [27]

أما الإستغلال فهو امر نفسي مصحوب بعدم التعادل في إلتزامات الطرفين ، وهو يفترض في الطرف المغبون توافر عيب مؤثر في سلامة تقديره للأمور كطيش أو هوى [28]

- وبذلك يشترك الغبن والإستغلال في عدم التعادل بين إلتزامات كل من الطرفين ، غير انه في الغبن ينظر في التفاوت في حد ذاته ، أما في الإستغلال فلا ينظر إلى عدم التعادل في حد ذاته بل باعتباره عيب يشوب رضا أحد العاقدين ويترتب عليه قابلية العقد للإبطال, فالغبن عيب في العقد ذاته بقطع النظر عن صحة الرضا أو عدمها أما الإستغلال فهو عيب من عيوب الرضا .

2 / - عناصر الإستغلال :

أ / - العنصر الموضوعي :

وبالنظر إلى نوع العقد المعني بالإستغلال قد يتمثل العنصر الموضوعي في التفاوت بين إلتزامات المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه أو في التفاوت بين حظ الربح والخسارة اللذين يتحملها كل متعاقد أو في انعدام العوض أصلا .

---

27 – الدكتور محمد تقية نفس المرجع السابق ص 141 .

28 الدكتور محمد تقية ، نفس المرجع السابق ، ص 141 .

ب / - العنصر النفسي :

وهي حالة الضعف التي يوجد فيها أحد الطرفين ويستغلها الطرف الآخر ، فيتم إبرام العقد رغم الإختلال الموجود فيه ، وقد حددت المادة 90 من القانون المدني نواحي الضعف في حالتين هما الطيش والهوى .

- وبتوافر العنصرين الموضوعي والنفسي ، وكان المتعاقد الثاني عالما بحالة الضعف ، فللمتعاقد المغبون حق طلب إبطال العقد برفع دعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة طبقا لنص المادة 90 .

3 /- جزاء الإستغلال :

- إذا تحقق الإستغلال على النحو المذكور آنفا ، يمكن للمتعاقد المغبون بمقتضى أحكام المادة 90 ق. م. أن يطالب إما بإبطال العقد أو الإنقاص من إلتزاماته خلال سنة من تاريخ إبرام العقد .

أ / - دعوى الإبطال :

وتثير هذه المسألة ثلاث إشكاليات ، سأقوم بطرح كل إشكالية على حدى والإجابة عنها باختصار .

أ-1 / - من له حق طلب إبطال العقد ؟ سعى المشرع لحماية المصالح الشخصية للمغبون ، فرتب على تحقق الإستغلال قابلية العقد للإبطال ، ويعني ذلك ان حق طلب إبطال العقد هو حق أفرده المشرع للمغبون دون سواه ، كما أنه له حق التنازل عن هذا الحق ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه [29] .

أ-2 / - هل القاضي ملزم بطلب إبطال العقد ؟

إذا تقدم المغبون بدعوى الإبطال وتحقق الإستغلال ، فللقاضي أن يحكم بإبطال العقد مادام الإبطال قد تمسك به المغبون ، كما يمكنه الحكم بأقل مما طلبه الخصم ، أي أن يحكم بإنقاص الإلتزامات فهو أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي ، فيحكم بالإبطال إذا

---

[29] الدكتور علي فيلالي ، نفس المرجع السابق ص 161 بتصرف

كان أحسن وسيلة لرفع الغبن ، أو يكتفي بإنقاص الإلتزامات والإبقاء على العقد إذا كان ذلك كافيا لرفع الغبن .

أ-3 / - هل يمكن توقي دعوى الإبطال ؟

1 / - دعوى الإبطال :

نصت المادة 90 من القانون المدني على أنه " يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن " ، وتطبيقا لهذه المادة يمكن رفع الغبن بزيادة مقدار إلتزامات المستغل بدلا من إنقاص إلتزامات المغبون أو بواسطة إبطال العقد . ويلزم القاضي بطلب المتعاقد المستغل إذا كانت الزيادة التي يعرضها كافية لرفع الغبن ، فلا يمكنه إبطال العقد أو إنقاص إلتزاما ت المغبون .

2 / - دعوى الإنقاص :

- يلزم القاضي بدعوى الإنقاص التي يتقدم بها المغبون ، فلا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد ، فالقاضي يحكم بإنقاص الإلتزامات إذا تحقق الإستغلال ، أو يرفض الدعوى إذا لم يتحقق .

4 / - الغبن والإستغلال في الشريعة الإسلامية :

يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية الغبن إلى نوعين :

أ / - الغبن اليسير : وهو ذلك الغبن الذي لا يمكن تجنبه في المعاملات ، وأجمع الفقهاء على أنه متسامح فيه وليس للمغبون خيار الغبن .

ب / - الغبن الفاحش : واختلف الفقه في تحديد مقداره :

- فالرأي الأول ينظر إلى قيمة الشيء ، فإذا زاد الثمن عن حد معين أو نقص عنه فقد تحقق الغبن ، وتتراوح تقديرات الفقهاء بين الثلث وربع العشر .

- الرأي الثاني يحدد الغبن الفاحش بما قد يدخل في تقويم المقومين وقد عالجه الفقهاء المسلمون في جميع العقود ، أما عند الحنفية فالراجح أنه لا وجود للغبن الفاحش .

*** / - الإستغلال :**

- عالج الفقه الإسلامي الإستغلال عند كلامه عن التغرير مع الغبن وعن بيع المضطر وشرائه ، فإذا كان المشتري غبيا لا يعرف ، فقال البائع اشتري بهذا الثمن فإنه يساويه ، فاشتراه مغترا بقوله ، فله خيار الغبن ، أي أن للمشتري الخيار في طلب فسخ العقد أو المضي فيه ، فإذا استعمل حق الفسخ فإنما يستعمله بناء على إرادته المنفردة دون حاجة لإرادة المتعاقد الآخر . [30]

المطلب الثاني : إنهاء عقد الإيجار غير محدد المدة

1 / - مرحلة ما قبل 1993 :

- نصت المادة 474 من القانون المدني على أنه " إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير محدودة أو تعذر إثبات المدة فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يرسل إلى الآخر إنذارا بالتخلي إلا بناء على الآجال التي تحددها المادة 474 من هذا القانون " .

- وذكرت المادة ثلاث حالات هي عدم اتفاق المتعاقدين على مدة الإيجار ، أو تم عقد الإيجار لمدة غير محددة أو تم تحديد المدة لكن لم يستطع أي من المتعاقدين إثباتها ، فتكون مدة الإيجار في الحالات الثلاث غير محددة .

- ويتم إنهاء عقد الإيجار من أحد الطرفين المؤجر أو المستأجر في الإيجار الذي لم تحدد فيه المدة ، فينذر أحدهما الآخر بالإخلاء في الآجال المحددة ضمن المادة 475 التي تنص على أنه " تحدد آجال الإنذار المسبق كما يلي :

- شهر في إيجار المساكن المؤثـثة .
- ثلاثة أشهر في المساكن أو المحلات ذات الصبغة المهنية أو الصناعية التقليدية .
- ستة أشهر في ديار السكنى المنفصلة, والإنذار بالتخلي يعين لزوما في الآجال التالية : 15 يناير و 15 أبريل ,15 يوليو و15 أكتوبر .
- وإذا تم الإنذار في أجل آخر فلا تجري إلا ابتداء من الأجل الذي يليه .

[30] الدكتور محمد تقية ، المرجع السابق ص 145 بتصرف .

أ / - من له حق توجيه الإنذار بالإخلاء :

- يحق لكل من المؤجر والمستأجر أو من ينوب عن أي منهما كالوكيل أو الوصي أو القيم توجيه الإنذار لإنهاء عقد الإيجار ، ولا يجوز صدور الإنذار من شخص ثالث لا علاقة له بالمتعاقدين كمالك العين المؤجرة الذي يريد إخلاءها من المستأجر ، فيجب أن يرفع دعوى استحقاق على المؤجر ومتى حكم له باستحقاق العين أمكنه إخلاءها من المستأجر دون حاجة إلى إنذار بالإخلاء .

- ويوجه الإنذار من أحد أطراف العقد للطرف الثاني أو لمن يمثله كالوكيل أو الوصي أو القيم ويحل محل المؤجر أو المستأجر الخلف العام أو الخلف الخاص .

ب / - الطبيعة القانونية للإنذار :

- إن إعلان المؤجر أو المستأجر عن رغبته في إنهاء عقد الإيجار بواسطة الإنذار هو تصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة لإحداث آثار قانونية معينة ، دون الحاجة لإرادة الطرف الثاني ، قصد وضع حد لعلاقة تعاقدية ، غير أن هذا الإنذار لا ينتج آثاره إلا إذا وصل إلى علم الطرف الآخر, وتسلم الإنذار من هذا الأخير ليس تصرف قانوني وإنما عمل مادي ضروري وهو قرينة على علمه به ما لم يتم الدليل على عكس ذلك, وتوجيه الإنذار إجراء حتمي لإنهاء علاقة الإيجار وبغيابه يجب على القضاة الحكم برفض دعوى الطرد ، (وجاء في قرار المحكمة العليا : بحيث أنه تبين فعلا أن المؤجر لم يبلغ للمستأجر تنبيها بالإخلاء عملا بالمادتين 474 و 475 ق. م وان بالرغم من غياب التنبيه قضي بالطرد مخالفة للمادتين المذكورتين) . [31]

2 / - مرحلة ما بعد 1993 :

- لقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 94 / 69 تطبيقا للمادة 21 من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري التي توجب فيه بتجسيد العلاقة الايجارية في عقد نموذجي وقد تضمن هذا النموذج عدة أحكام منها :

تحديد هوية المؤجر المالك والمستأجر وتعيين الملك المؤجر ووصفه .

[31] قرار المحكمة العليا رقم : 97546 الصادر بتاريخ 1993/09/28 .

- لم يترك العقد النموذجي مجالا للإيجار غير محدد المدة ولا للتجديد الضمني ، فاشترط أن تكون المدة محددة بفترة زمنية معينة ، دون أن يجعل لها حدا أدنى أو أقصى كما نص على تحديد ثمن الإيجار بالحروف والأرقام .

- كما نص على إخلاء العين المؤجرة عند انتهاء الأجل المتفق عليه دون إعذار أو إخطار سابق من المؤجر ، ويحتفظ هذا الأخير بحق فسخ العقد بسبب عدم دفع الإيجار أو عدم احترام المستأجر لأي التزام فرضه عليه العقد ، كما يمكن للمستأجر فسخ العقد بسبب تغيير مكان الإقامة أو أي سبب شخصي وعائلي بشرط أن يخطر المؤجر في أجل شهر قبل موعد الفسخ برسالة موصى عليها مع إشعار بالإستلام " . [32]

المطلب الثالث : إنهاء العارية

1 / - تعريف العارية :

- نصت المادة 538 من القانون المدني على أن " العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للإستهلاك يستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الإستعمال " .

- ويستفاد من نص المادة أن عقد العارية من عقود التبرع وهو عقد رضائي ملزم لجانبين , ومحله شيء غير قابل للإستهلاك يسلمه المعير للمستعير ليستعمله دون مقابل ، ويرده عينا عند نهاية العارية ، كما يلتزم المعير برد المصروفات للمستعير التي أنفقها على الشيء المعار وأن يضمن له الإستحقاق والعيوب الخفية في حدود ما نصت عليه المادتين541 و540 من القانون المدني .

- والعارية وإن كانت من عقود التبرع فهي عقد تفضل وليس عقد هبة لأنها لا تنقل الملكية فهي ليست من عقود التصرف بل من عقود الإدارة , وتبعا لذلك فإن الأهلية الواجب توافرها في المعير هي أهلية الإدارة ، فيجوز للقاصر الذي له حق إدارة أمواله أو من الولي أو الوصي أو القيم نيابة عن القاصر والمحجور عليه .

---

[32] الدكتور : بن رقية بن يوسف ، الإيجار المدني والتجاري في التشريع الجزائري (بتصرف) .

2 / - إنتهاء العارية :

- نصت المادة 546 من القانون المدني على انتهاء العارية وعرضت عدة حالات لانتهائها .

أ / - انقضاء أجل العارية : جاء في الفقرة الأولى من نفس المادة " تنتهي العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه ، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء الذي أعير من أجله ، فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت " وتطرقت هذه الفقرة إلى ثلاث حالات هي :

أ – 1 : إذا اتفق كل من المعير والمستعير على أجل معين ، فإذا أعار شخص سيارة لشخص آخر مدة شهر ، فالعارية تنتهي بانتهاء الشهر ، وسواء تحقق الغرض من إعارة السيارة أم لم يتحقق .

أ – 2 : ألا يكون المتعاقدان قد اتفقا على أجل معين ، غير انهما اتفقا على الغرض الذي أعير من أجله الشيء ، فتنتهي العارية بانتهاء استعمال ذلك الشيء ، للغرض الذي أعير من أجله .

وقد جاء في القرار الصادر عن مجلس قضاء تبسة عن الغرفة المدنية

- وحيث بالرجوع إلى الملف تبين أن السكن موضوع النزاع قد تم منحه للمستأنف على سبيل الإعارة بصفة مؤقتة بناء على قرار السيد والي ولاية تبسة لحين انتهاء المقاولة العمومية لأشغال البناء من المشروع وأن المستأنف كان يعمل انذاك رئيسا للورشة في هذه المقاولة .

- وحيث أنه منذ ذلك الوقت والمستأنف يشغل هذا السكن .

- وحيث أنه لم تنشأ أية علاقة إيجار بين المستأنف والمستأنف عليه مادام أن المستأنف لم يقدم أي شيء يثبت ذلك ، وبالتالي فإن بقاءه في هذا السكن يعتبر بدون وجه حق مادام السكن منح له على سبيل الإعارة ولم ينشأ أي إيجار بينه وبين ديوان الترقية والتسيير العقاري ، وبالتالي فإنه من حق هذا الأخير استرجاع السكن . [33]

[33] قرار صادر عن مجلس قضاء تبسة ، الغرفة المدنية بتاريخ 2000/10/14 ، رقم الملف 2000/30 ، فهرس 2000/204 ب - ل ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري .

- ويظهر من الحيثية الأولى للقرار أن كل من طرفي العقد لم يتفقا على مدة الإعارة بل تم تحيد الغرض من إعارة السكن وهو الإشراف على المشروع إلى غاية انتهائه ،أما الحيثية الثانية فتبرز حق المعير في إنهاء العارية بانتهاء الغرض منها وهو انتهاء مشروع البناء .

أ – 3 : ألا يتفق الطرفان لا على أجل ولا على غرض معين ، ولم يكن هناك إمكانية تحديد مدة العارية ، فإنها في هذه الحالة تنتهي في أي وقت يختاره المعير ، بإمهال المستعير مدة معقولة لذلك ، ويجوز للمستعير إنهاء العارية من جهته أيضا .

ب / - عدم انقضاء أجل العارية :

- نصت المادة 547 من القانون المدني على أنه " يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية :

- إذا عرضت له حاجة عاجلة لشيء لم تكن متوقعة .
- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الإحتياط الواجب للمحافظة عليه .
- إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم المعير .

ويستخلص من نص المادة أنه بالرغم من اتفاق الطرفين على أجل أو غرض العارية فإنها تنتهي في الحالات التالية :

1 / - الحاجة العاجلة :

- فإذا عرضت حاجة مستعجلة ولم تكن متوقعة للمعير ، جاز له إنهاء العارية قبل انقضاء أجلها واسترداد محل العارية ، غير أنه يشترط أن تكون هذه الحالة عاجلة أي لا يمكن للمعير الإنتظار لغاية نهاية العارية ، وأن تكون غير متوقعة وقت انعقاد العارية وإلا فلا يجوز له إنهاءها قبل انقضاء أجلها .

2 / - إعسار المستعير :

- فيسقط اجل العارية بإعسار المستعير بعد إبرام العقد ، أو بإعساره قبل إبرام العقد ودون علم المعير ، فيجوز لهذا الأخير إنهاء العارية قبل انقضاء أجلها .

3 / - موت المعير أو المستعير :

- ونصت على هذه الحالة المادة 548 من القانون المدني ، فإذا مات أحد طرفي العقد قبل انقضاء العارية فإنها تنتهي ، إلا إذا اتفقا على غير ذلك .

4 / - الفسخ :

- يلتزم المستعير باستعمال الشيء المعار على الوجه الواجب للمحافظة عليه ، ويلتزم بالمقابل المعير بمنح الشيء المعار للمستعير لينتفع به طوال مدة العارية ، فإذا أخل المستعير بأحد إلتزاماته ، فأساء استعمال الشيء أو قصـر في المحافظة عليه جاز للمعير أن يفسخ العقد وأن يسترد الشيء قبل انتهاء مدة العارية .

المطلب الرابع : إنهاء عقد الوكالة :

- ويتم إنهاء عقد الوكالة إما بالعزل أو التنازل .

1 / - إنهاء عقد الوكالة بالعزل :

- نصت المادة 587 من القانون المدني على أنه " يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد إتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول " .

- ويتلخص من مضمون هذه المادة أن للموكل كامل الحرية في إنهاء عقد الوكالة بعزل الوكيل وفي أي وقت شاء ، ولو قبل انتهاء العقد.

- وأوردت المادة حالة الوكالة بأجر ، واشترطت لإنهاء الوكالة وجود عذر مقبول وفي وقت مناسب ، فإذا تم العزل دون عذر وفي وقت غير مناسب كان العزل صحيحا ، غير انه يجوز للوكيل الرجوع على الموكل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من العزل ، ولم ينص القانون على شكل معين للعزل فأي تعبير عن الإرادة يفيد العزل صريحا كان أو ضمنيا فهو كاف ، غير أنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الوكيل .

2 / - إنهاء عقد الوكالة بالتنازل :

- نصت المادة 588 / 01 من القانون المدني على أنه " يجوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل ، فإن كانت الوكالة بأجر فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب أو بعذر غير مقبول " .

- ومن خلال نص المادة نجد للوكيل حق التنازل عن الوكالة في أي وقت بما أنه يقوم بإسداء خدمة للموكل ولو كان مأجورا على ذلك ، ويكون هذا التنازل صادرا عن الإرادة المنفردة للوكيل ، دون اشتراط قبول الموكل ، غير أنه لا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل بالإعلان .

- وإذا كانت الوكالة بأجر فإنه لا يمكن للوكيل التنازل عنها بغير عذر مقبول أو في وقت غير مناسب ، فإذا تنازل يعتبر متعسفا ويلزم بتعويض الموكل .

- وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة " غير انه لا يجوز للوكيل أن يتنازل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبي بهذا التنازل وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه " وفي هذه الحالة تصدر الوكالة لصالح أجنبي كأن يكون الوكيل معهودا إليه بوفاء دين لأجنبي في ذمة الموكل من المال الذي يقع في يده لهذا الأخير ، فلذا لا يجوز للوكيل التنازل إلا بثلاثة شروط : [34]

1 – أن تقوم أسباب جدية تبرر التنازل

2 – أن يخبر الوكيل الأجنبي بالتنازل .

3 – أن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه فإذا أخذ الوكيل بهذه الشروط وتنازل فلا يجبر على المضي في الوكالة وإنما يلتزم بتعويض الأجنبي ، وإذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه فإنه يجوز له التنازل دون شرط . [35]

- وتطبيقا لذلك جاء في الحكم الصادر عن محكمة تبسة بتاريخ : 2003/03/24 :

- حيث أن الوكالة تنتهي بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة كما تنتهي بموت الموكل أو الوكيل وأيضا تنتهي بعزل الوكيل أو بعدول الموكل طبقا للمادة

---

[34] د . محمد تقية ، نفس المرجع ص 114 بتصرف .

[35] د . محمد تقية ، نفس المرجع .

86 من القانون المدني . ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الحالات السالف ذكرها غير متوافرة وأنه لا يوجد ما يثبت حدوث حالة انتهاء الوكالة فإنه يتعين استبعاد الدفع ببطلانها . [36]

المطلب الخامس : إنهاء الشركة :

- تنص المادة 440 / 01 من ق. م. على أنه " تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة ، على شرط أن يعلن الشريك سلفا عن إرادته في الإنسحاب قبل حصوله الى جميع الشركاء وان لا يكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق " .

- ومن نص المادة يستفاد أن انسحاب الشريك من الشركة لا يتم إلا بشروط :

1 / - أن تكون الشركة غير معينة المدة ، فإذا كانت مدتها معينة او كانت معينة العمل فإن القانون لا يسمح للشريك الإنسحاب منها ويوجب عليه الإستمرار إلى غاية إنتهاء المدة أو العمل ، أو ان يطلب من القضاء إخراجه من الشركة إذا قدم أسبابا معقولة ، ذلك ما احتواه نص الفقرة الثانية من المادة 442 من ق. م.

2 / - يجب على الشريك أن يعلن انسحابه لجميع الشركاء ، وإلا كان غير صحيح ، ولا يشترط شكل معين في الإنسحاب .

3 / - كما يشترط حسن نية الشريك المنسحب وألا يسيء استعمال هذا الحق .

4 / - أن يكون الإنسحاب في وقت لائق ، لكي لا يضر بمصالح الشركة ، وإلا اعتبر انسحاب الشريك تعسفا في استعمال الحق .

الطبيعة القانونية للإنسحاب من الشركة :

- مما تقدم ذكره يتضح جليا أن انسحاب الشريك ، وإعلانه لهذا الإنسحاب للشركاء ما هو إلا تعبير صادر عن الإرادة المنفردة للشريك ، قصد التحال من عقد الشركة . وهو تعبير لا يحتاج لقبول بقية الشركاء ، لذلك يمكن القول أن انسحاب الشريك من الشركة هو تطبيق من التطبيقات المختلفة للإرادة المنفردة .

---

[36] حكم محكمة تبسة الصادر بتاريخ : 2003/03/24 رقم الملف : 02/84 رقم الفهرس ك 03/40 ز.ث ضد المركز الوطني للسجل التجاري الملحقة المحلية س.ت وورثة ز.ع م .

المطلب السادس : إنهاء المرتب مدى الحياة :

1 / - تعريفه :

-المرتب مدى الحياة هو مبلغ من المال يعطى للشخص مدى حياته دوريا على أقساط وينشأ بتصرف شكلي وذلك بنص المادة 615 من القانون المدني على أن " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع " , وقد يكون في شكل قرض أو هبة أو وصية .

2 / - خصائصه :

- ومهما كان شكل المرتب فإنه يتميز بخاصيتين :

أ / - هو تصرف شكلي ، فإذا كان هبة فيشترط فيها الشكلية لأن الهبة بطبيعتها عقد شكلي أو إذا كان قرضا أو بيعا أو غيرها من العقود . [37]

ب / - يعتبر المرتب مدى الحياة تصرفا احتماليا فهو من عقود الغرر ، فالمرتب يدفع على أقساط دورية مدى حياة الإنسان وينقضي بموته ، وميعاد الموت غير معروف وبذلك لا يمكن تحديد مقدار المرتب مسبقا .[38]

3 / - مصادر الإلتزام بالمرتب مدى الحياة :

- عندما يكون مصدر الإلتزام الهبة أو الوصية كأن يوصي الزوج لزوجته بمرتب لمدى الحياة أو أن يوصي شخص لآخر بخدمة لمدة طويلة بمرتب لمدى الحياة ، فإنه تسري عليه أحكام الهبة والوصية من حيث الأهلية والشكل ، إذ يتطلب العقد بمرتب لمدى الحياة الشكلية بنص المادة 615 من القانون المدني .
- وقد جاء في المادة 64 من قانون الوصية المصري على انه " تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ويقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ... " ويقصد منها أن المرتب هو قدر من المال يعطى في

[37] د . محمد تقية . المرجع السابق ص 122 بتصرف .
[38] د . محمد تقية . المرجع السابق ص 122 بتصرف .

اوقات دورية لشخص أو أكثر ، وقد تكون هذه الوصية مؤقتة بمدة معلومة أو مؤقتة بحياة الموصي .

4 / - المرتب مدى الحياة في الشريعة الإسلامية :

- أقرت الشريعة الإسلامية حق الوصية بمرتب مدى الحياة فقد شرعته عند توافر أسبابه وبواعثه ، لأهداف ومقاصد شريفة هي حاجات الناس ، وجعلته من أعمال البر التي يتمكن بواسطتها الإنسان العاقل من تدارك ما فاته من الواجبات ، وعندما يوصي شخص بجزء من أمواله في شكل مرتب مدى الحياة فإنه غير لازم النفاذ في الحال على خلاف ما إذا كان المرتب ناشئ عن عقد ، وهذا يؤكد أن الوصية هي تصرف صادر عن إرادة منفردة . [39]

5 / - الرجوع عن الوصية :

- اتفق الفقهاء على انه يجوز للموصي الرجوع عن وصيته مادام حيا ، ويكون الرجوع عنها بالقول الصريح أو الفعل وبكل طريقة تدل على ذلك وأسسوا ذلك على وجهين

الوجه الأول : أن الوصية تبرع لم يتم ، فالهبة يجوز الرجوع فيها ، ومن باب أولى يجوز الرجوع في التبرع بالوصية الذي لم يتم .

الوجه الثاني : أن القبول في الوصية يتوقف على الموت ، فيجوز الرجوع عنها قبل القبول ، والإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع يجوز إبطاله من باب أولى . [40]

---

[39] د . محمد تقية . المرجع السابق ص 125 بتصرف .

[40] د . محمد تقية . المرجع السابق ص 125 بتصرف .

المطلب السابع : تنفيذ المدين لإلتزام طبيعي :

1 / - تعريف :

- نصت المادة 160 من القانون المدني على أن " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الإلتزام طبيعيا " .

- ويستخلص منها ان المدين في الإلتزام الطبيعي مخير بين الوفاء بالتزامه أو عدمه على عكس الإلتزام المدني حيث يجبر المدين على الوفاء به ، إذ أنه حضي بحماية قانونية وألزم المدين به ، ويمكن للدائن إجبار المدين على الوفاء به ، أما في الإلتزام الطبيعي فإن الدائن لا يملك حق مقاضاة المدين ولا إجباره على أداء دينه.

2 / - نطاق الإلتزام الطبيعي :

- جاء في المادة 161 أن " القاضي يقدر عند عدم النص ما إذا كان هناك إلتزام طبيعي " . وعليه فإن المشرع لم يحدد مدى الإلتزام الطبيعي ونطاقه، ولم يحصر حالاته ، وتركه لسلطة القاضي لتحديد ما إذا كان الإلتزام طبيعيا أو غير طبيعي .

- وعمليا فإن للإلتزام الطبيعي صورتان :

أ / - ما يكون أثر قد تخلف عن إلتزام مدني في أصله ، كما في الديون التي تنقضي بالتقادم أو تصالح المدين المفلس مع دائنيه وقيام ناقص الأهلية ، عند بلوغه سن الرشد بالوفاء بالتزام عقده وهو ناقص الأهلية "[41]

ب / - والإلتزام العرفي كانفاق الشخص على بعض أقاربه ممن لا يلزمه القانون بالإنفاق عليهم والتزام المدين المفلس بأداء بقية ديونه التي تصالح مع دائنيه على إسقاطها .[42]

3 / - آثار الإلتزام الطبيعي :

- نصت المادة 162 من ق. م . على أنه " لا يسترد المدين ما أدان باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي " ,كما جاء في المادة 163 " يمكن أن يكون الإلتزام الطبيعي سببا لالتزام مدني " .

- ونستخلص من المادتين ان إرادة المدين تظهر في صورتين :

---

[41] د . محمد تقية . المرجع السابق ص 132 .

[42] د . محمد تقية . المرجع السابق ص 132 .

أ / - الصورة الأولى التي نصت عليها المادة 162 أعلاه وهي اختيار المدين آداء إلتزامه الطبيعي شرط أن تكون إرادته خالية من كل العيوب ، فإذا أدى هذا الإلتزام ضنّاً منه أنه يوفي بالتزام مدني ، فيمكنه استرداد ما وفّى به بدعوى رد ما دفع بغير حق ، غير أنه إذا أدى الإلتزام الطبيعي باختياره فلا يجوز له الرجوع فيه .

ب / - الصورة الثانية أن يتعهد المدين بالوفاء بالتزام طبيعي طبقا للمادة 163 ، فإذا صدر تعهد من المدين على الوفاء بالتزام طبيعي ينشأ بذلك التزام مدني في ذمته ، غير أن مجرد الإعتراف بوجود الإلتزام الطبيعي لا يكفي أن يجعله التزاما مدنيا .

- ومن كل ما سبق يظهر أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة لأداء إلتزامه الطبيعي دون حاجة لقبول الدائن .

4 / - الإلتزام الطبيعي في الشريعة الإسلامية :

- جاء في الشريعة الإسلامية نوعين من الإلتزام الطبيعي ، الحق المتقادم والحق الثابت ، فأما الأول فله نفس الخصائص المقررة قانونا ، فلا يمكن للقاضي سماع الدعوى بالحق المتقادم ، غير أن الحق لا يسقط إلا بالوفاء أو الإبراء والوفاء به في الشريعة الإسلامية واجب ، ما دامت ذمة المدين مشغولة به .

- وإذا اعترف المدين بهذا الدين سقط التقادم وأصبح ملزما به ، والإعتراف أو الإقرار بهذا الدين يتم بإرادة منفردة ، أما الحق الثابث هو الحق الحقيقي الواقعي ، الذي أنكره المدين ، مع عدم وجود ما يثبت الدين ، ويجب على المدين الوفاء به وهذا الحق غير محمي في الشريعة ، إذ أن دعواه غير مقبولة ، غير أنه يمكن الوفاء به وذلك بالإرادة المنفردة .

المطلب الثامن : تحلل المؤمن له من عقد التأمين :

- يمكن أن ينقضي عقد التأمين قبل انقضاء مدته إما بإنهائه بالإرادة المنفردة وإما بفسخه وسأقتصر على دراسة الحالة الأولى .

- نصت المادة 631 من القانون المدني على أنه " يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء

الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة " . وقد كان المشرع الجزائري يجيز إنهاء عقد التأمين على الحياة بالإرادة المنفردة دون باقي أنواع التأمين الأخرى ، بشرط أن يقوم المؤمن له بإخطار المؤمن كتابة قبل انتهاء السنة الجارية التي دفع عنها القسط .

- ويلاحظ أن مصدر المادة 631 هو نص المادة 759 من القانون المدني المصري وهي منقولة عنها نصا ومضمونا وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لنص المادة 759 أن هذا النص مقتبس من المادتين 89 من قانون سنة 1908 السويسري و1659 من قانون سنة 1908 الألماني .

- غير أن المشرع الجزائري قد ألغى المادة 631 من القانون المدني بموجب المادة 191 من قانون التأمين رقم 7 لسنة 1980 المعدل بالقانون 95 – 07 ، ومنه لم يعد يؤخذ بحكم القانون المصري المقتبس من القانونين السويسري والألماني . [43]

- ويستفاد من نص المادة 84 من قانون التأمين رقم : 95 – 07 المعدل لقانون 80 – 07 أن المشرع قد اتجه نحو الأخذ بحكم القانون الفرنسي حيث نصت على أنه " لا يجوز للمؤمن رفع دعوى قصد فرض دفع الأقساط ، وفي حالة عدم دفع الأقساط لا يجوز للمؤمن بعد إتمام الإجراءات المنصوص عليها في المادة 166 من هذا الأمر إلا ما يلي :

1 / - فسخ العقد إذا تعلق الأمر بتأمين وقتي في حالة وفاة أو كان القسط السنوي المستحق على السنتين الأولتين من التأمين غير مدفوع .

2 / - تخفيض آثار العقد في جميع الحالات الأخرى شريطة أن تكون الأقساط المستحقة عن السنتين الأولتين مدفوعة .

- وبذلك لم يعد من حق المؤمن مطالبة المؤمن له بالأقساط في تأمين الأشخاص بصفة عامة ، مما يسمح للمؤمن له إنهاء العقد بإرادته المنفردة بمجرد الإمتناع عن الوفاء بالإقساط . ويمكن للمؤمن في هذه الحالة تخفيض التأمين متى كان القسط السنوي المستحق عن السنة الأولى قد تم سداده .

[43] د . إبراهيم أبو النجا ، التأمين في القانون الجزائري ، الجزء الأول .

- كما يمكن للمؤمن له منع المؤمن من تخفيض التأمين بإلزامه بتصفية التأمين إعمالا للفقرتين الأولى والثالثة من المادة 90 من قانون التأمين التي نصت في الفقرة الأولى منها على أنه باستثناء التأمين الوقتي في حالة الوفاة يتعين على المؤمن أن يلبي كل طلب يتقدم به المؤمن له لتصفية العقد " .

- وفي الفقرة الثالثة منها على أنه " لا يكون طلب التصفية أو التسبيق على أساس العقد مقبولا إلا إذا كان القسطان السنويان الأولان مدفوعين على الأقل "، وعليه يستطيع المؤمن له في غير التأمين المؤقت على الحياة أن ينهي العقد بإرادته المنفردة قبل انقضاء مدته المتفق عليها في العقد متى كان قد أوفى بالقسطين السنويين الأولين، وذلك بالإمتناع عن دفع الأقساط التالية وإلزام المؤمن بتصفية عقد التأمين .

التأمين في الشريعة الإسلامية :

ا- لتأمين نظام حديث النشأة لذلك لم يعرفه السلف الأول من فقهاء الإسلام ، فهو غير معروف في عهد الرسول صلى ا عليه وسلم ولم يعرفه الخلفاء الراشدون ، ولم يرد ذكره لا في القرآن ولا في السنة ، وأول من تحدث عنه الإمام محمد بن عابدين من فقهاء المذهب الحنفي في التأمين البحري إذ قال بأنه " جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربي مقيم في بلادنا يسمي ذلك المال " سوكره " على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو بغرق أو نهب أو غيره ، ويؤدي المستأنف للتجار بدلا ، إذا هلك من مالهم في البحر شيء " .

- كما أجاز الشيخ محمد عبده التأمين بقوله أن " اتفاق الرجل مع جماعة على دفع مبلغ على وجه التأمين يكون من قبيل شركة المضاربة وهي جائزة ولا مانع للرجل من إرجاع ماله مع ما أنتجه من الربح بعد العمل فيه بالتجارة ".

- أما الفقهاء المسلمون الذي شهدوا التأمين بأنواعه المختلفة المعروفة في أيامنا ، فقد انقسموا بين مؤيد ومعارض ومعتدل نظرا لعدة أسباب . [44]

[44] الدكتور بن خروف عبد الرزاق ، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري ص 24 .

المبحث الرابع : التصرفات الإنفرادية المسقطة للحق .

المطلب الأول : الإبراء

- نصت المادة 305 من القانون المدني على أنه " ينقضي الإلتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين " . ويستخلص أن الإبراء هو تنازل الدائن عن حقه في الدين دون مقابل ، فهو بذلك تصرف تبرعي ، يتم بإرادة الدائن المنفردة وينتج عنه إنقضاء الدين وبراءة ذمة المدين منه ، غير أن الدائن لا يستطيع إجبار المدين على هذا الإبراء ، إذ انه من حق هذا الأخير رفضه فيصبح باطلا .

2 / - آثار الإبراء :

- وكما هو واضح من نص المادة 305 فإن الإلتزام في الإبراء ينقضي دون أن يستوفي الدائن حقه أو ما يقابله ، وينقضي معه ما كان يكفله من تأمينات عينية وشخصية فتبرأ ذمة الكفيل الشخصي بإبراء المدين طبقا للمادة 650 من القانون المدني . [45]

3 / - الإبراء في الشريعة الإسلامية :

- ويتفق الأحناف في حكم الإبراء مع حكمة القانون الوضعي ، فجعل الإبراء صادر عن إرادة منفردة للدائن لا تحتاج لقبول الدين ويرتد بالرد ، أي أن المدين إذا لم يقبل الإبراء فإنه يسقط ، إذ أنه لا يجوز لشخص أن يدخل في ملك غيره شيئا دون رغبته .

المطلب الثاني : إسقاط الحق :

1 / - تعريف :

- ويقصد بإسقاط الحق إنهاؤه وزواله وليس نقله من مالك لآخر ، فالإسقاط لا يتعلق بالأعيان وإنما يتعلق بالحقوق ، هذه الأخيرة يكون محلها الأعيان ونذكر على سبيل المثال سقوط حق الشفعة بإرادة الشفيع إذا تنازل عنه ، فهو بذلك يحرم نفسه من هذا الحق ، ولا

---

[45] د / محمد تقية ، نفس المرجع

يمكنه المطالبة به بعد ذلك ولا ينتقل هذا الحق لغيره وهذا ما جاء في المادة 807 من القانون المدني .

- ويستوي الامر في طلاق الزوج لزوجته دون تعويض ، فهو يتم بإرادة الزوج المنفردة ، ويسقط بذلك حقه في المتعة .

2 / - التعبير عن الإرادة :

- ويتم الإسقاط بكل ما يدل عليه سواء كانت العبارة واضحة أو أي عبارة تدل على معنى الإسقاط وذلك مثل : أسقطت حقي ، تنازلت عنه ، أو تركته أو أبطلته وغيرها من العبارات, وهي تصدر عن إرادة المسقط المنفردة دون حاجة لقبول شخص آخر . [46]

3 / - مجال الإسقاط :

- يتعلق الإسقاط – كما سبق ذكره – بالحقوق ولو كان محلها الأعيان مثل حق الشفعة وحق الخيار و الإبراء من الكفالة، ويكون في الحقوق العينية كحق الرهن والارتفاق.

4 / - إسقاط الحق في الشريعة الإسلامية :

- يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية مع القانون الوضعي في أن الإسقاط يتم بالإرادة المنفردة للمسقط ، ومن صور الإسقاط ، سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وإعتاق السيد لعبده ، فيكون بذلك أسقط حقه في ملك رقبة العبد ، دون أن ينتقل هذا الحق لغيره ، وكذلك طلاق الزوج لزوجته دون عوض .

- وذهب الحنابلة إلى أن الأصل في الحقوق قبولها للإسقاط إلا ما استثني وهو رأي المالكية ، والحقوق القابلة للإسقاط هي التي لا تحمل في طياتها معنى التمليك وتتعلق بحقوق الغير ، وألاّ تكون من الحقوق الذاتية وألاّ يكون إسقاطها مخالفا للشرع ، فحق

[46] د / محمد تقية ، نفس المرجع السابق

الرجوع في الهبة لا يمكن إسقاطه لأن فيه تغييرا للشرع وكذلك حق الميراث وحق الحضانة وحق الولاية على الصغير لأنها حقوق متعلقة بذات الشخص .

المطلب الثالث : التصرف بالإباحة :

1 / - تعريف :

- الإباحة هي الإطلاق بعد الحظر، ويقول الفقهاء أنها ذلك الإذن الذي يصدر من الشخص فيما يملك بالإنتفاع أو التمليك ، بشرط ألاّ يكون هذا الإذن مخالفا للشرع ، فالإباحة ممنوعة فيما يحرمه الشرع ويبطل بذلك التصرف ، لأن حق ا تعالى ليس مجالا لإذن العباد ، ولا يشترط في الإذن بالإنتفاع بالشيء ملكية الآذن للعين بل يكفي أن يكون مالكا للمنفعة . [47]

- وقد يكون الآذن مستأجرا فيأذن لغيره بالإنتفاع بالعين ويقال مثل ذلك في الوصية والإعارة بالمنفعة أو الوقف فيكون للمستعير والموقوف عليه والموصى له بالمنفعة حق الإنتفاع بواسطة الإذن . [48]

- كما يمكن أن يكون الإذن بالإستهلاك كما في الدعوى للطعام، فالمأذون له يستهلك ملك الآذن لا ملكه .

2 / - أساس التصرف بالإباحة :

- بما أن هذا التصرف لا يحتاج لقبول المباح له ، وأن الإيجاب وحده يرتب آثاره فهو بذلك صادر عن إرادة منفردة وعليه لا يشترط أن يكون المباح له معينا وقت الإذن .

3 / - آثار التصرف بالإباحة :

- وكما سبق الإشارة إليه أن الإباحة قد تنصب على الإنتفاع أو الإستهلاك ، فإذا كانت إباحة استعمال المنفعة فهي تفيد ملك حق الإنتفاع أو ملك المنفعة فهما شيء واحد عند

---

[47] الدكتور محمد تقية ، المرجع السابق ص 153 بتصرف .
[48] الدكتور محمد تقية ، المرجع السابق ص 153 بتصرف .

الحنفية ، أما المالكية فيفرقون بينهما بالقول بأن ملك المنفعة يجعل لصاحبه حق التصرف فيها بتمليكها إلى غيره ، أما ملك حق الإنتفاع فيقتصر أثره على انتفاع مالكه فقط دون أن يكون له حق تمليكه للغير .

المطلب الرابع : تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي والحيازي وحق الإرتفاق

1 / - إنقضاء الرهن بصفة تبعية أو أصلية :

- ينقضي الرهن بصفة تبعية إذا انقضى الدين المضمون بالرهن، إذ أن الرهن تابع للدين فإذا زال الدين زال الرهن .

- وقد ينقضي الرهن دون أن ينقضي الدين ، وهذا ما يسمى بانقضاء الرهن بصفة أصلية ، فيبقى الدائن والدين عاديان بعدما كان الدائن مرتهنا والدين مضمونا بالرهن .

- ويتم انقضاء الرهن بصفة تبعية طبقا لنص المادة 933 من القانون المدني التي نصت على أنه " ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين ، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته " . [49]

2 / - تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي :

- لم ينص المشرع الجزائري على هذا التنازل ، كما فعل المشرع المصري الذي حذف نص المادة 1507 من المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد .

- وقد علق الأستاذ السنهوري قائلا : " الظاهر أن الحذف كان لأن حكم النص واضح ، ويمكن تطبيقه دون نص ، وأن حق الرهن الرسمي هو حق الدائن المرتهن وليس من

---

[49] الدكتور محمد تقية ، المرجع السابق ص 148 .

النظام العام فمن الجائز أن يتنازل عنه الدائن المرتهن ، إما صراحة أو ضمنا ، دون المساس بالدين الذي يبقى دينا شخصيا .

- والتنازل الصريح لا يشترط فيه شكل فقد يكون مكتوبا أو بغير كتابة ، أما الضمني فيستنتج من الأعمال التي تدل على ذلك .

3 / - تنازل الدائن المرتهن عن الرهن الحيازي :

- تنص المادة 965 على أنه ينقضي أيضا الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية :
إذا تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق على أنه يجوز أن يحصل التنازل ضمنا بتخلى الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ ، غير انه إذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا برضائه .

- إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد .

إذا هلك الشيء أو أنقضى الحق المرهون " .

- ويستفاد من هذه المادة أن الرهن الحيازي ينقضي بصفة أصلية بالأسباب الثلاثة المذكورة في المادة وأقتصر على السبب الأول وهو تنازل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، إذ انه ينقضي بصفة أصلية ، وقد يكون التنازل إما صريحا أو ضمنيا دون اشتراط أي شكل لهذا التنازل ، كما أن أثر التنازل يكون من وقت صدوره وليس قبل ذلك .

وقد ورد في المادة 965 مثالين عن التنازل الضمني هما :

1 / - تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون ذلك لأن الدائن المرتهن حيازة يلتزم الراهن بتسليمه الشيء المرهون ، وللدائن المرتهن أن يؤجر أو يعير أو يودع الشيء المرهون ويسترده عند نهاية الإيجار أو العارية أو الوديعة ، وإذا تخلى عن الشيء المرهون لا للإيجار أو لسبب آخر لا يفيد نزولا صريحا عن الرهن فهذا نزول ضمني عن الرهن الحيازي .

2 / - موافقة الدائن المرتهن على التصرف في الشيء المرهون دون تحفظ ، فإذا كان الراهن يملك الشيء المرهون باع هذا الشيء لآخر على أنه غير مرهون وانتزعه من حيازة الدائن المرتهن وسلمه للمشتري ورضي الدائن المرتهن بذلك دون تحفظ بأن سلم

مع عدم احتفاظه بحقه كدائن مرتهن فيكون قد تنازل عن حقه في الرهن الحيازي فيزول بذلك الرهن بشرط ألاّ يكون الشيء المرهون مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير.[50]

4 / - الطبيعة القانونية لهذا التنازل :

- إن تنازل الدائن المرتهن عن الرهن سواء كان رهنا رسميا أو حيازيا يتم بإرادته المنفردة ، دون حاجة لقبول الراهن ، وينتج التنازل آثاره بمجرد صدوره .

5 / - التنازل عن حق الإرتفاق :

- وشأنه في ذلك شأن التنازل عن الرهن ، إذ أنه يصدر بإرادة المتنازل المنفردة ، فيتنازل عن حقه في الإرتفاق وينهيه دون تدخل مالك العقار المرتفق به ، وينتج آثاره القانونية بمجرد صدوره .

- والتنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من وقائع ثابتة يفهم منها التنازل .

[50] د . محمد تقية ، المرجع السابق ص 150 بتصرف .

خاتمة :

من خلال هذه الدراسة البسيطة للإرادة المنفردة ، يتضح جليا أنها قادرة على إنشاء إلتزامات في مختلف المجالات ، غير أنها محددة في الإطار الذي رسمه لها القانون ، فهي تتأثر بتدخل المشرع ، الذي يمكنه إنشاء مجالات جديدة للإرادة المنفردة ، وظهور الإرادة المنفردة كمصدر استثنائي للإلتزام يعني ظهور الإرادة الحرة التي تبنتها التشريعات الحديثة ، نظرا لما تتسم به المعاملات من سرعة ، ونلاحظ أن مجال الإرادة المنفردة محدود سواء كانت تنشئ التزاما أو حقا ، وهو مرهون بإرادة المشرع .

أما في الشريعة الإسلامية فإن مصطلح الإرادة المنفردة غير معروف بل تم التعبير عنه بالإيجاب غير المقترن بقبول , وكذلك أن الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده ، ولا يوجد اختلاف كبير بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية فيما يخص الآثار التي تنتجها الإرادة المنفردة غير انهما يتفقان على أنها أساس لتصرف شرعي وقانوني يرتب آثار قانونية وشرعية .

قـائـمـة المـراجع

1 – الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية – د . محمد تقية

2 – قضاء النقض المدني في الصورية والشفعة (المستشار سعيد أحمد شعالة)

3 – إثبات الملكية بالحيازة والوصية (د . عبد النصر توفيق العطار)

4 – مصادر الإلتزام (د. عبد النصر توفيق العطار)

5 – الوصية في القانون المدني الجزائري(د. محمد زهدور)

6 – الفضالة في القانون المدني الجزائري (د. ذهبية حامق)

7 – شرح قانون الوصية ، دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية (الإمام أبو زهرة)

8 – الإلتزامات – النظرية العامة للعقد ، الدكتور علي فيلالي .

9 – الإيجار المدني والتجاري في التشريع الجزائري ، الدكتور بن رقية بن يوسف .

10 – القانون المدني والمرسوم التشريعي رقم : 93 – 03 المؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق لأول مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري والمرسوم التنفيذي رقم 94 – 69 مؤرخ في 07 شوال عام 1414 الموافق لـ 19 مارس 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 93 – 03 أعلاه .

11 – التأمين في القانون الجزائري ، الجزء الأول – الأحكام العامة ، طبقا لقانون التأمين الجديد ، الدكتور إبراهيم أبو النجا .

12 – التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري ، الجزء الأول ، التأمينات البرية ، الدكتور عبد الرزاق بن خروف .

الفهرس